
VE
RI
TAS

Holland

S. J. FOCKEMA ANDREAE.

BESCHOUWINGEN

OVER

BURENRECHT.

GEBROEDERS VAN DER HOEK. — LEIDEN.

F.

BESCHOUWINGEN OVER BURENRECHT.

Bock- en Steen-drukkerij van De Breuk & Smits.

BESCHOUWINGEN OVER BURENRECHT.

AKADEMISCH PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

DOCTOR IN HET ROMEINSCH EN HEDENDAAGSCH REGT,

AAN DE HOOGESCHOOL TE LEIDEN,

OP GEZAG VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

DR. R. DOZY,

Hoogleeraar in de Faculteit der Wijsbegeerte en Letteren,

IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN

OP WOENSDAG, 16 DECEMBER 1868, DES NAMIDDAGS TE 3 UREN,

DOOR

SIJBRANDUS JOHANNES FOCKEMA ANDREAE,

GEBOREN TE BEETSTERZWAAG.

LEIDEN,

GEBROEDERS VAN DER HOEK.

1868.

AAN MIJNE OUDERS.

INHOUD.

—

INLEIDING.

Hoe veelvuldig en dikwijls belangrijk de vragen ook zijn, die uit de verhouding van eigenaars van naburige erven kunnen voortspruiten, in ons land mocht aan het burenrecht tot nog toe geene afzonderlijke behandeling ten deel vallen.

Vooral in den tegenwoordigen tijd van toenemende nijverheid, nu zoovelen naast hunne erven lastige, schadelijke en dikwijls hoogst gevaarlijke fabrieken, magazijnen etc. zien verrijzen, kwam dit onderwerp mij voor een bijzonder onderzoek overwaardig te zijn.

Ik heb bij dat onderzoek vooral gebruik gemaakt van de Duitsche litteratuur over de vraag, en het kwam mij wenschelijk voor de stelsels in de belangrijkste Duitsche monographiën ontwikkeld [1]) eerst kor-

[1]) N. l. die van Werenberg, Ihering, Hesse en Hoffmann.

telijk weder te geven, vooreerst om die stelsels tegelijk met het mijne onder de aandacht mijner lezers te brengen, en ten tweede omdat zij mij eene gereede aanleiding gaven, om de verschillende stellingen, die op het burenrecht van invloed zijn, te beoordeelen, en waar ik er mij niet meê kon vereenigen, te bestrijden.

Moge het stelsel, waartoe mijne beschouwingen mij voerden, iets bijdragen, om het burenrecht in Nederland tot meerdere klaarheid te brengen.

HOOFDSTUK I.

Wat is de taak van het burenrecht?

Eigendom is de uit zijn aard volkomene en uitsluitende heerschappij over eene lichamelijke zaak. — Eigendom omvat dus het recht om over de zaak, die er het voorwerp van is, naar willekeur te beschikken en ieder ander van de machtsoefening daarover uit te sluiten. Deze regel staat vast en wordt vastgehouden, misschien niet zelden ten koste der logica. Ontelbare malen hoort men eene argumentatie beginnen met de uitspraak »ieder kan met zijn eigen doen wat hij wil." als ware zij een axioma. Het zal dus wellicht vreemd schijnen, en als het ware eene heiligschennis, eene poging te wagen om den genoemden regel eenigzins te temperen, en toch meen ik dit te moeten doen, ten minste voor zoover het betreft de toepassing op den grondeigendom. Wat toch zou het gevolg zijn van eene consequente toepassing van het beginsel, dat de eigenaar een onbeperkt recht van beschikking, en een onbeperkt recht van uitsluiting van vreemde inwerking

(sit venia verbo) heeft, op den grondeigendom? Om met Ihering te spreken, ontegenzeggelijk dit, dat naburige erven steeds op voet van oorlog tegenover elkaâr zouden staan, dat de eene eigenaar krachtens zijn eigendomsrecht zou kunnen verbieden, wat de ander krachtens datzelfde recht zou kunnen doen. Men denke zich b. v. twee erven A. en B. De eigenaar van A. zal krachtens zijn onbeperkt recht van beschikking een groot vuur mogen aanleggen op zijn erf, bijen mogen houden, of op de grens zijn grond tot eene aanzienlijke diepte mogen afgraven. De rook en de vonken van het vuur zullen echter binnendringen op het erf B,, de bijen zullen daarop overvliegen, door het afgraven van den grond zal de muur daarnaast instorten, en al deze inwerkingen zal de eigenaar van B. krachtens zijn onbeperkt recht van uitsluiting kunnen beletten.

Ziedaar een strijd geboren, waarin beide partijen steunen op hetzelfde recht. Wie zal overwinnaar zijn? Het is onmogelijk te beslissen, zoo men geen recht van den sterkste wil aannemen, waarvoor gelukkig in onze dagen geen plaats meer is in het rechtssysteem.

Nam men dus de onbeperktheid van het recht van beschikking en die van uitsluiting door den eigenaar aan, de eigendom zou zoo als Ihering het uitdrukt »ten gevolge van zijn eigene consequentiën te gronde gaan.”

Men heeft dan ook vrij algemeen ingezien, dat er een middel moest gevonden worden om die uiterste

consequentiën te vermijden, of ten minste te wijzigen. Maar welk middel?

Dirksen [1]) meent dat men, of het streng juridische beginsel (onbeperktheid) moet aannemen en alleen beperkingen in utilitatem publicam toelaten, zooals volgens hem de Romeinen deden, of regelen van billijkheid samenstellen, die het streng juridische beginsel, wat aangaat den grondeigendom, temperen en bruikbaar maken.

Hij neemt dus als zeker aan, dat het streng juridische beginsel onbeperktheid is, wat ik betwijfel; maar gesteld het ware zoo, hoe zou het dan mogelijk zijn naast dat beginsel andere beginselen te stellen die het eerste wijzigden en tegelijk ongedeerd lieten bestaan. Een beginsel moet zijn juist of onjuist; bestaan er andere beginselen die het wijzigen, dan bewijst de juistheid van de laatste de onjuistheid van het eerste.

Anderen b. v. Schelhasz [2]) meenen dat voor het burenrecht de zoo bekende regel »*qui suo jure utitur neminem laedit*," niet geldt in al zijn omvang. Zij beweren dat het mogelijk is, dat iemand de grenzen van zijn eigendomsrecht niet overschrijdt, en toch eene onrechtmatige handeling pleegt.

De grond hunner dwaling is niet ver te zoeken; zij vestigen het oog op het gebruik dat veeltijds van den regel »qui suo jure utitur" gemaakt wordt en houden

[1]) Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft. B. 2. 1 pag. 407.

[2]) Das Nachbarrecht nach gemeinem Rechte und heutiger Praxis.

dat gebruik in het burenrecht voor onmogelijk. Ze zien, dat meermalen de algemeene natuur van een recht wordt beschouwd en wat daaruit volgt voor suum jus wordt verklaard, zonder dat men daarbij vraagt of de algemeene natuur van het recht in de bijzondere gevallen ook wijzigingen ondergaat ten behoeve van een ander recht. Het is waar, zoo men op die wijze den regel »qui suo jure utitur" op het burenrecht wilde toepassen, zou men tot ongerijmde gevolgtrekkingen komen. Dat bewijst echter in geenen deele de niet toepasselijkheid van den regel op het burenrecht, integendeel het bewijst dat de bovengenoemde opvatting en toepassing daarvan onjuist is. Een regel zoo algemeen als deze, moet zoo hij juist is, overal en altijd kunnen worden toegepast. En dat de zooeven veroordeelde opvatting de ware niet is, wie zou het betwijfelen? [1])

Om toch in ieder bepaald geval den regel te kunnen gebruiken, moet men eerst weten wat in *dat* geval suum jus is. Wat recht zou zijn zoo het bepaalde geval niet deze en gene bijzondere kenmerken had, is van geen belang. Men kan dus nooit den regel gebrui-

[1]) Hoffmann zegt in zijn Archiv für pract. Rechtswissenschaft Neue Folge: Erster Band, 3. pag. 245, met het oog op den eigendom als onbeperkt recht van beschikking gedacht »Der Satz oder vielmehr Gemeinplatz, qui suo jure utitur neminem laedit, mit welchem namentlich auch in der Praxis ins Blaue hinein operirt wird, ist, wenn man unter jus suum das Eigenthum versteht, geradezu falsch und dürfte man nach demselben mit seinem eigenen Stocke beliebig einen anderen durchprügeln."

ken om het recht te bewijzen, gelijk zoo dikwijls plaats heeft, want eerst wanneer het recht vaststaat, weet men wat suum jus is. Tegenover de meening van Schelhasz geloof ik dus dat de regel qui suo jure utitur neminem laedit, daar hij juist is, overal, zoowel in het burenrecht als elders geldt, maar dat hij weinig practische waarde heeft, daar hij nooit kan strekken tot bewijs van recht.

Terecht sloeg dan ook Ihering in zijne monographie over burenrecht [1]) een anderen weg in; hij nam geene regelen van billijkheid aan, die streden met het begrip van eigendom, hij liet den regel qui suo jure utitur in zijne volle waarde en kwam door juister beginsel tot betere resultaten. Dat beginsel is: dat het recht van beschikking en uitsluiting van vreemde machtsoefening voortvloeiende uit den eigendom, niet even onbeperkt kan zijn bij onroerende als bij roerende goederen, m. a. w. dat het begrip van grondeigendom een ander is dan dat van eigendom. Dat verschil is een gevolg van den natuurlijken samenhang van de verschillende deelen der aarde. De beperkingen alzoo aan te wijzen, die het begrip van eigendom ten gevolge van dien natuurlijken samenhang, in zijne toepassing op den grondeigendom ondergaat, ziedaar de taak van het burenrecht.

[1]) Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse der Nachbarn. Jahrbücher f. d. Dogmat. des heut. Röm und Deutschen Priv. rechts VI. p. 81.

HOOFDSTUK II.

Stelsel van Werenberg.

»Stelsel van Werenberg", heb ik dit hoofdstuk genoemd, en daardoor misschien meer beloofd dan ik zal kunnen geven.

Het diene mij echter ter verontschuldiging, dat ik daarin het voorbeeld van Werenberg zelven heb gevolgd. Wij lezen toch in zijn monographie [1]) pag. 9: »Eine genaue Prüfung der rechtlichen Unterschiede in den einzelnen Fällen wird also Vielleicht die Möglichkeit darbieten, die juristischen Gesetze zu finden, die für alle maszgebend sind" en op pag. 49: »Nur aus der Zusammenstellung und vergleichung sämmtlicher Fälle, läszt sich ein alle beherrschendes Princip auffinden." — Tweemaal dus belooft de schrijver een algemeen be-

[1]) Ueber die Collision der Rechte verschiedener Grundeigenthümer, Jahrb. für die Dogmat. d. heut. Röm und D. Priv. rechts VI. pag. 1.

ginsel, maar hoe ik ook zocht en weder zocht, het is mij niet mogelijk geweest ergens het leidende principe te vinden, dat de schrijver beweert uit de oplossing der verschillende gevallen van botsing der regten van twee eigenaren te kunnen afleiden.

De bouwstoffen die Werenberg voor zijne conclusie verzamelt, zijn tweeërlei. Vooreerst zoekt hij naar de nuanceeringen die zich in de verschillende gevallen van botsing kunnen voordoen, naar de onderscheiden kenmerken die op hare beslissing van invloed kunnen zijn. Ten tweede geeft hij voor de meeste afzonderlijke gevallen van botsing eene beslissing.

In plaats echter van uit deze bouwstoffen in de laatste paragraaf, die de conclusie inhoudt, een algemeen beginsel samen te stellen, geeft hij daar niets dan de troostrijke opmerking »dat het overbodig zou zijn bijzondere regelen voor burenrecht vast te stellen, daar algemeene rechtsbeginselen in ieder geval eene voldoende oplossing geven." Hij voegt er bij dat een wetgever zich vooral moet wachten, een eigendom van de luchtkolom boven een erf en van den ondergrond in te voeren, of over het geoorloofde of ongeoorloofde van een ingrijpen in des buurmans luchtkolom of ondergrond, de meerdere of mindere intensiteit van dat ingrijpen te laten beslissen, of eindelijk de quaestiën van burenrecht aan het politierecht over te laten. Grooter dienst had voorzeker Werenberg aan wetenschap en praktijk gedaan, zoo hij den weg had aangewezen dien de wetgever behoort in te slaan, in plaats

van slechts eenige klippen aan te wijzen, die hij te vermijden heeft.

Zooals ik zeide, een algemeen beginsel geeft Werenberg niet; laat ons echter de bouwstoffen onderzoeken, die hij bijeenbracht, en we zullen kunnen beoordeelen of het gebouw, daaruit opgetrokken, bruikbaar kan zijn.

Voor we echter daartoe overgaan nog eene opmerking over de methodé door den schrijver gevolgd. Hij geeft voor alle afzonderlijke gevallen van botsing eene beslissing en meent daaruit een algemeen beginsel te zullen kunnen afleiden. Dat komt mij hoogst onlogisch voor. Wat kan hem tot de bijzondere beslissingen leiden, zoo hij geen algemeen beginsel heeft? En zoo het al mogelijk ware zonder dat de afzonderlijke gevallen te beslissen, wie waarborgt hem dan dat hij in alle beslissingen te samen één leidend beginsel zal terug vinden. Naar mijn oordeel zoekt Werenberg de praemissen af te leiden uit de conclusie. Is het wonder dat het hem niet gelukt?

Maar ter zake. Werenberg gaat uit van het zeer juiste begrip, dat het aannemen van een recht van absolute heerschappij bij den eigenaar, tot tallooze onoplosbare vragen aanleiding zou geven. Die heerschappij moet dus, zegt hij, beperkingen ondergaan, en om te komen tot een antwoord op de vraag, welke die beperkingen zijn, wijst hij op de volgende nuanceeringen bij het ingrijpen in vreemden eigendom, op

de volgende kenmerken van dat ingrijpen, die volgens hem op de beslissing van invloed moeten zijn.

1° Niet in ieder geval is het zelfde object van den eigendom geschonden d. i. *of* het gebruik van de zaak zelve, die het object van den eigendom is, kan belemmerd of belet worden, *of* eene met den eigendom verbonden mogelijkheid van gebruik der zaak of een aanhangsel van den eigendom, kan zijn geschonden. (Het eerste is het geval, zoo mijn huis instort doordat mijn buurman zijn erf op de grens afgraaft, als mijns buurmans vee op mijn erf doordringt; — het tweede, zoo mijn uitzicht mij wordt benomen, zoo rook, bijën of boomtakken in mijn luchtruim of boomwortels in mijn ondergrond doordringen).

2° De stoornis kan een onmiddellijk of middellijk gevolg zijn van de handeling van den storenden buurman, d. i. ze kan een gevolg zijn alleen van zijne handeling, of van de samenwerking van zijne handeling met omstandigheden buiten zijn wil en macht.

(Het eerste heeft plaats, zoo mijn buurman een bron op mijn erf graaft of vee op mijn erf drijft; — het tweede zoo mijne bron opdroogt doordat mijn buurman eene bron op zijn erf graaft, of vee uit eene naburige weide op mijn erf binnendringt.)

3° De kwetsing van mijn eigendom kan in de bedoeling van den handelenden eigenaar liggen of niet.

4° De handeling van mijn buurman kan mij schade berokkenen, of niet, of ook, mij een tot nog toe genoten voordeel onttrekken.

Gaan we achtereenvolgens na, in hoeverre deze kenmerken der inwerking van invloed zijn op de beslissing der quaestiën van burenrecht.

Ad 1um. Om deze onderscheiding te rechtvaardigen merkt Werenberg op, dat niet iedere mogelijkheid van gebruik eene rechtelijke mogelijkheid is, d. i. eene zoodanige die door het recht wordt beschermd, en dat niet al wat voor een aanhangsel van den grond doorgaat, het ook werkelijk is [1]. Maar wanneer men nu als mogelijkheid van gebruik en als aanhangsel, alleen datgene beschouwt wat het rechtens is — en dat zou toch wel ieder als noodzakelijk beschouwen ook zonder de opmerking van den schrijver — wat verschil maakt het dan of het object van den eigendom zelf, of eene mogelijkheid van gebruik of een aanhangsel geschonden is? Immers geen. In beide gevallen is evenzeer eene partieele schennis van het eigendomsrecht aanwezig, en zal eene actio negatoria dat recht beschermen.

Het is dunkt mij, alsof Werenberg zeide: »Of een recht is geschonden dat door ieder wordt erkend, of een zoodanig waarover onder de juristen strijd bestaat, maakt een groot verschil, want in het tweede geval zal men moeten beginnen met te vragen, of het beweerde recht werkelijk als recht moet worden erkend of niet.

Het antwoord dat deze eerste onderscheiding ons

[1]) Met dit laatste heeft hij op het oog, het luchtruim en den ondergrond, waarop ik in het volgende hoofdstuk terugkom.

dus geeft op onze vraag «quid juris?" is het volgende:

Als een recht van den eigenaar geschonden is, heeft hij eene actie, als geen recht is geschonden, heeft hij er geen. Dat brengt ons geene schrede verder, waar we juist wilden weten, wanneer het eigendomsrecht geschonden was, en daarop geeft Werenberg ons geen antwoord.

Ad 2um. Van deze tweede onderscheiding wordt ons het gewicht nader aangetoond in § 6. Het bestaat n. l. hierin, dat terwijl eene actio legis Aquiliae, in geval eener middellijk schade aanbrengende handeling, alleen dan kan worden ingesteld, wanneer de schade door den handelende te voorzien was (d. i. wanneer hij culpa handelde) ze daarentegen altijd plaats vindt in geval eener onmiddellijk schadelijke handeling. In dat laatste geval staat, zegt Werenberg, bovendien de operis novi nuntiatio, de actio aquae pluviae arcendae en het interdictum quod vi aut clam, in beide de cautio damni infecti open.

Beschouwen we de voorbeelden nader, die de schrijver ons voor deze onderscheiding geeft, dan wordt het ons duidelijk, dat wel in het eerste geval *steeds*, in het tweede geval *niet altijd* toerekenbaarheid van de schade aan den handelenden persoon bestaat en de onderscheiding dus groot belang kan hebben in geval eener actie tot schadevergoeding, maar dat tevens in het eerste der beide gevallen geen quaestie is van botsing van verschillende eigendomsrechten. Die toch op zijns buurmans erf eene bron graaft, of zijn vee in diens

weide drijft, zal wel niet beweren, dit krachtens zijn eigendomsrecht te doen. De buurman zal schadevergoeding van hem kunnen vorderen wegens onrechtmatige daad, of door eene actio negatoria tegelijk schadevergoeding en het doen ophouden der eigendomskwetsing kunnen eischen. In geen dier beide actiën zal echter eene quaestie van burenrecht worden beslist; daartoe toch behoort, zooals ik boven in hoofdstuk I heb opgemerkt, alleen de oplossing der vraag: in hoeverre wordt door het eigendomsrecht van den een het eigendomsrecht van den ander beperkt? Ook deze tweede onderscheiding kan dus geen norma aan de hand geven voor de beslissing der behandelde vraag.

Ad 3um. Wanneer Werenberg aan de bedoeling des handelenden eigenaars, in dezen eenige kracht toekent, dan doet hij het, omdat hij ook aan verschillende actiën tot bescherming van den eigenaar, niet van den eigendom, eene plaats in het burenrecht inruimt. De bedoeling van den handelenden eigenaar is volgens hem in zooverre van gewicht, *als den buurman wegens voor hem schadelijke handelingen, die op zich zelve niet ongeoorloofd zijn, eene actie tegen den eigenaar toekomt die ze verrichtte, niet om zich zelven te bevoordeelen, maar om zijn buurman te benadeelen.* We hebben hier naar Werenbergs beschouwing te doen met de actio injuriarum of actio doli. Is dat waar, dan heeft het verbod van chicane, zooals het gewoonlijk genoemd wordt, ook niets te maken met eigendomsbeperking en burenrecht. Werenberg zegt het immers

zelf »die Abwehr der Chicane kann nicht darauf gerichtet sein das die verletzende Handlung aufhöre, sondern vielmehr nur darauf dasz die Chicane aufhöre." En toch namen de meeste vroegere en latere juristen het verbod van Chicane niet alleen aan, maar beschouwden het ook als eene eigendomsbeperking [1]).

Zien we, op welke Rom. wetten zij zich beroepen.

Vooreerst op Novella 63. Deze bevat het volgende: Justinianus had de bepalingen omtrent het bouwen van huizen, van Zeno, met enkele vermeerderd, en onder anderen ook voorgeschreven, dat het ongeoorloofd zou zijn, iemand het uitzicht op de zee te belemmeren op een afstand van minder dan honderd voet. Dit voorschrift werd dikwijls op zeer ingenieuse wijze ontdoken. Die n. l. nader dan 100 voet bij eene bestaande villa wilde bouwen, begon met op een afstand van 100 voet een groot zeil te spannen, waardoor die villa haar uitzicht verloor en bouwde daarna zijn huis zoo na daarbij als hij verkoos. Het uitzicht was dan niet ontnomen op eene bij de wet verboden wijze en zoodra zijn huis gereed was nam de eigenaar het zeil weg en genoot zelf het aangename zeegezicht. Om deze chicane te voorkomen zeide Just in deze Novella: »Sed si quis tale quid facere et dolose moliri velit, non eo modo ludat, sed si revera ea re indigeat, totam domum aedificet et usque ad totum illud spatium, centum scilicet pe-

[1]) Zie b.v. Vangerow Lehrbuch I § 297 en Gesterding Ausbeute von Nachforschungen V p. 391.

dum, procedat, eaque aedificia exstruat, quae ipsi necessaria et inevitabilia futura sunt, non vero ad vicini laesionem parietes repente exstruat. »En daar de keizer meende, dat overtreding dezer bepaling bijna met diefstal gelijk stond, die aanleiding gaf tot eene actio vi bonorum raptorum quadrupli, bedreigde hij hiertegen eene boete van decem libri auri.

Is het nog noodig te bewijzen, dat we hier te doen hebben met eene strafbepaling, dat het voorschrift geheel van publiekrechtelijken aard is? Ik geloof het niet, de boete (theatralibus tuae excellentiae inferendis), de gelijkstelling van deze bepaling met de bouwverordeningen van Zeno, bewijzen het voldoende. Vangerow had dan ook m. i. beter gedaan deze Novella te rangschikken onder de: im Corpus Juris vorkommende Verordnungen uber den Haüserbau, die hij zelf [1]) noemt »heut zu Tage nicht mehr anwendbar."

De tweede wet, die tot bewijs van het verbod van chicane als eigendomsbeperking wordt aangevoerd is (l I § 12 de aqua et aquae pluv arc. act D 39. 3). Hier zegt Marcellus: »cum eo, qui in suo fodiens, vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem", en Ulpianus voegt daarbij: »et sane non debet habere si non animo nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit." Van deze plaats zijn geloof ik twee uitleggingen denkbaar. Ulpianus bedoelde met zijne woorden *of dit:* »En geen wonder dat den eigenaar,

[1]) Lehrbuch I pag. 628.

die gegraven heeft geene actio doli treft, hij groef immers niet met het doel om te schaden, maar om zijn grond te verbeteren." *Of dit:* »Er treft den eigenaar geene actio doli, ten minste zoo hij niet groef amino nocendi." Deze laatste uitlegging ligt zeker het meest voor de hand, maar hoe Vangerow en anderen ze als bewijs voor hunne meening kunnen aanhalen, is mij niet duidelijk. Van de actio doli toch is de dolus het eenige fundament. Waarin die dolus zich openbaart. in misbruik van eigendomsrecht of in iets anders, is onverschillig. Niet dat misbruik gaat de actio doli tegen, maar de dolus die het te voorschijn riep; ze beperkt dus niet den eigendom, maar de wilsvrijheid van den persoon.

De derde plaats, waarop men zich beroept is (lex. 2 § 9 eodem) waar wij lezen: »Labeo aït, si vicinus flumen, torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse; aquam enim arcere hoc esse, curare ne influat; quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat." Beschouwen wij deze wet nauwkeurig, dan zien wij dat hier door eene actio aq. pl. arc. wordt belet, het afleiden van een stroom alleen om een ander te schaden. Maar is dat een verbod om zijn eigendom te gebruiken alleen om zijn buurman te schaden? In geenen deele. De stroom, die de verschillende erven doorsnijdt, is

eene res publica [1]). De eigenaars der aangrenzende erven genieten daarvan voordeelen en moeten de nadeelen dulden, die hij onvermijdelijk medebrengt. Daar het gebruik hun toekomt kunnen ze de voordeelen zoo groot mogelijk maken; de nadeelen, die er hun door dreigen, kunnen ze, zooveel in hunne macht is, afwenden, maar verder strekken hunne rechten zich niet uit. Verrichten ze nu eene handeling, die alleen ten doel heeft andere erven te schaden, dan gaan ze hunne bevoegdheid te buiten, die wel meêbrengt het regt om nut te trekken voor hun erf, niet om de nadeelen, die hun buurman door de natuur treffen, willekeurig te verzwaren. De bevoegdheid, die ze te buiten gaan is echter niet hunne eigendomsbevoegdheid, want van den stroom waren ze geene eigenaars. Ze hadden alleen het recht, schade van hun erf af te wenden en uit den stroom voor hun erf nut te trekken. De actio aquae pluviae arcendae beperkt dus in dit geval niet den eigendom, maar waarborgt tegen eene schade aanbrengende handeling, die op geen recht hoegenaamd steunde.

Eindelijk beroept men zich op: (l. 3 pr. de operibus publicis D. 50.10) Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationen alterius civitatis pertineat, vel materiam seditionis praebeat, vel circum, theatrum, vel amphitheatrum sit. De verkeerde toepassing hier van deze

[1]) § 2 Inst. II. 1.

plaats gemaakt, is reeds voldoende aangetoond door Thomasius [1]), die er op wees, dat hier niet het bouwen ad aemulationem alterius civitatis verboden wordt, maar alleen de toestemming des keizers voor het bouwen van een opus novum bij uitzondering wordt vereischt, zoo dat bouwen geschiedt ad aemulationem alterius civitatis.

De juristen die deze plaats voor het verbod van Chicane aanvoeren, begaan dus eene dubbele fout, zegt Thomasius. 1° Passen ze op alle werken toe, wat alleen van een opus publicum gezegd is, en 2° Noemen ze een werk verboden, dat niet verboden is, maar waarvoor alleen 's keizers toestemming wordt vereischt.

De bewering, dat de eigenaar in zijn recht van beschikking in zooverre beperkt is, dat hij van zijn eigendom geen gebruik mag maken alleen om zijn buurman te schaden, vindt dus hoegenaamd geen steun in de daarvoor aangehaalde plaatsen en is naar mijne meening dan ook geheel ongegrond. En toch, hoor ik mij tegenwerpen, zoo men het verbod van Chicane als eigendoms beperking toepast, komt men steeds tot resultaten, die geheel strooken met de billijkheid. Ik zal de eerste zijn om het te erkennen en niet alleen dat, maar ik meen ook te mogen beweren, dat die resultaten steeds volgen uit een gezond rechtsbeginsel. Niet echter uit den regel aangaande het verbod van Chicane

[1]) In zijne verhandeling: Non ens actionis forensis contra aedificantem ex aemulatione. Zie Gesterding Ausb. von Nachf. V p. 391.

zoo als die boven is omschreven, die in den wil van den handelenden eigenaar het criterium zoekt voor het al of niet rechtmatige der eigendomsoëfening, die de grenzen van het eigendomsrecht uitbreidt en inkrimpt naarmate van de bedoeling waarmeė daarvan gebruik wordt gemaakt, maar uit een regel, die, zooals ik in hoofdstuk VII hoop aan te toonen, volgt uit den aard van den eigendom.

Voor wij van het verbod van Chicane afstappen, nog een oogenblik stilgestaan bij de meening door Ihering op dat punt ontwikkeld, die wel veel rationeeler is, maar toch naar mijn oordeel niet geheel overeenkomstig de waarheid. Hij houdt dat verbod »Weder für quellenmäszig begründet, noch für legislativ brauchbar" [1]). Volgens hem zou het zijn oorsprong vinden in de verwarring van een subjectieven en een objectieven maatstaf ter beoordeeling van de uitgestrektheid van het eigendomsrecht. Men zou gezien hebben, dat eene ongewone wijze van gebruik van den eigendom gewoonlijk ongeoorloofd was, daar men aannam, dat er geen berekenbaar voordeel aan ten grondslag lag, (dasz sie durch kein vernünftiges Interesse geboten sind) en nu het ongeoorloofde gezocht hebben juist hierin, dat er aan de een ander schadende handeling geen berekenbaar voordeel ten grondslag lag. Men zag daarbij volgens Ihering over het hoofd, dat men, evenals men van alle dagelijksch voorkomende servituten

[1]) T. a. p. pag. 104.

de utilitas aanneemt en niet nog eerst behoeft te bewijzen, ja zelfs tot het bewijs der inutilitas niet wordt toegelaten, zoo ook van een gewoon gebruik van den eigendom aanneemt, dat het een voordeel voor den eigenaar medebrengt. Is een gebruik ongewoon, zegt Ihering, dan neemt men aan: het brengt geen voordeel mee voor den eigenaar. Van een bewijs van berekenbaar voordeel aan iedere afzonderlijke handeling verbonden, kan geen sprake zijn. Gewoon gebruik wordt gehouden voor objectief nuttig, ongewoon gebruik voor objectief nutteloos. Het subjectief nuttige eener bepaalde handeling kan niet ter sprake komen.

Ware het juist wat Ihering in dit betoog vooropzet, dat gewoon gebruik geoorloofd is, omdat het als nuttig, ongewoon gebruik ongeoorloofd, omdat het als nutteloos wordt beschouwd, men zou gemakkelijk tot het verbod van Chicane gekomen zijn door voor het objectieve begrip *ongewoon*, het subjectieve begrip *nutteloos voor den eigenaar* in den plaats te stellen.

Die veronderstelling is echter onjuist; zooals ik toch later hoop aan te toonen is het ongewone ongeoorloofd niet, omdat het *niet nuttig*, maar omdat het *niet noodzakelijk is*. Ihering zelf zegt dat implicitis verbis [1]) als hij meent dat van een gewoon gebruik »*die Erforderlichkeit*", die het verkeer reeds in abstracto heeft beslist, niet nog eerst in concreto behoeft bewezen te worden. En stelt men nu voor het

[1]) T. a. p. pag. 104.

objectieve begrip *niet noodzakelijk* een subjectief begrip in de plaats, dan kan het nooit dat zijn, waarop het verbod van Chicane steunt.

Ad. 4um Geheel terecht naar mijn oordeel hecht Werenberg groot gewicht aan het al of niet schadelijke van de handeling op het eene erf verricht voor het andere erf. Maar verwonderlijk komt het mij voor, dat hij met vele anderen onttrekken van een voordeel niet voor het berokkenen van nadeel houdt. Dat onderscheid kan niet gerechtvaardigd zijn.

Voordeel op te leveren, in welken zin dan ook, is het doel van elk recht. Die dus op mijn recht op eenige wijze inbreuk maakt, brengt mij nadeel toe, door mij een voordeel te ontnemen dat mij toekwam.

Men zou echter, ik geef het toe, de terminologie kunnen behouden, zoo men er eene andere beteekenis aan hechtte, en onder toebrengen van nadeel verstond, het onttrekken van een voordeel waarop de benadeelde recht had, onder ontnemen van voordeel, het onttrekken van een voordeel, dat diegene, dien het onttrokken werd, genoot zonder er recht op te hebben, m. a. w. door eens anders patientia. In die beteekenis meenen ook, zoo ik mij niet bedrieg, Werenberg en anderen deze woorden op te vatten. Zij dwalen echter bij de beantwoording der vraag: Wat geniet de eigenaar suo jure, wat patientia alius, en (het is met schroom dat ik deze woorden nederschrijf) zij dwalen op het voetspoor der Romeinen. Zij geven toch als voorbeelden van wat patientia alius genoten wordt

op: het onttrekken van water uit eens anders bron, van licht en van uitzicht. Mijns inziens is het ontwijfelbaar, dat alleen het laatste voorbeeld juist is, en wel om de volgende redenen.

Alle rechten, en inzonderheid de grondeigendom, ondergaan verschillende modificatiën, zoodra ze met andere rechten in aanraking komen. Inzonderheid de grondeigendom, zeg ik, want die is in voortdurende aanraking met andere rechten, door den natuurlijken samenhang van de verschillende deelen der aarde. Wil men nu het recht in zijne zuiverste gedaante, in zijn oorspronkelijk wezen leeren kennen, dan doet men het best, het eerst te beschouwen als geheel geisoleerd. Wil men dan weten, welk recht de eigendom geeft, dan moet men zich een oogenblik den eigenaar en het object van den eigendom denken als geheel alleen op de wereld bestaande. Heeft men zoo het zuivere begrip gevonden, dan moet men de wijzigingen zoeken, die het ondergaat doordat het isolement alleen fictie was. Dan verkrijgt men tot resultaat van zijn onderzoek het recht zoo als het naast andere gelijke rechten ongedeerd kan bestaan. Die wijzigingen kunnen echter nooit zijn uitbreidingen van het recht. Vindt men voor het recht uit zijn aard en wezen een bepaalden omvang, dan is die omvang het summum van het recht. Kan het recht met dien omvang niet bestaan nevens andere rechten geheel van denzelfden aard, en die dus ook van denzelfden omvang moeten zijn, dan brengt de noodzakelijkheid meê beide in ge-

lijke mate zoodanig te beperken, dat ze elkander aanraken zonder elkaar te kwetsen.

Beschouwen we nu het eigendomsrecht op een erf een oogenblik afgescheiden van elken anderen eigendom, dan zien we dat, ook als het erf alleen en op zich zelf bestond, de bronaar er onder door zou loopen, (die is immers een integreerend deel van den grond) en het licht er zou binnendringen, maar van een uitzicht op andere erven zou geen sprake zijn. Er bestaan nu echter andere erven naast het mijne, daarop heeft de eigenaar alleen recht, daarop heb ik niet het minste recht. Heb ik dus een genot, ten gevolge van den naast den mijnen gelegenen grondeigendom, zoo kan dat genot nooit anders zijn dan feitelijk. Geen genot van het eene erf, hoegenaamd, kan mij rechtens toekomen ten gevolge van mijn recht op het andere erf.

Met minder schroom ben ik hier in tegenspraak gekomen met de Romeinen, omdat het eene erkende waarheid is, dat zij meermalen eene volkomen juiste beslissing gaven en toch den grond voor die beslissing in een onjuist beginsel zochten, maar vooral omdat zij op dit punt niet steeds eenstemmig zijn [1]).

Zij hebben m. i. over het genot van water uit eene bronaar zoo geredeneerd: Droogt mijne bronaar op door het graven van eene bron op mijns buurmans erf, dan blijkt het, dat ik onder mijn erf alleen eene bronaar heb zoolang de ander niet graaft. Heeft deze dus recht

[1]) zie o. a. (l 25 en 26 Dig. de damno inf. 39 2.)

op dat graven (en waarom zou hij daarop niet even veel recht hebben op zijn erf, als ik op het mijne?) dan heb ik alleen eene bron zoolang mijn buurman niet van zijn recht gebruik maakt, ergo: mijn genot is een gevolg van het niet gebruik maken van zijn recht door mijn buurman. Juist in dit laatste ligt geloof ik de fout; m. i. heb ik het genot uitsluitend ten gevolge van mijn eigendomsrecht, en houdt het op doordat de buurman van zijn recht gebruik maakt. Vroeger had ik een erf met eene bronaar er onder, nu heb ik er een zonder bronaar. Het is dunkt mij onloochenbaar, dat mij een vermogensnadeel is toegebracht. Of de buurman gerechtigd was mij dat toe te brengen, die vraag beantwoord ik in hoofdstuk VII.

De Romeinsche redeneering over het licht kan ik mij niet anders denken dan zoo: Die op de grens bouwt, en over eens anders erf licht schept, moet noodzakelijk ook aan zijn buurman het recht toekennen om op de grens te bouwen. Maakt deze van dat recht gebruik, dan kan hij daardoor den eersten zijn licht ontnemen. De eerste geniet dus dat licht slechts zoolang de ander niet van zijn recht gebruik maakt, ergo: ten gevolge van het niet gebruik maken van zijn recht door den ander. Dezelfde fout als in het vorige geval, vinden we hier terug. Het licht werd genoten, niet ten gevolge van de patientia van den buurman, maar krachtens het recht van iedereen, en dus ook van den grondeigenaar, op de res communis: *het licht.* Ook voor het uitzicht was ongetwijfeld de gedachtengang

deze: De eigenaar kan het uitzicht op zijn erf beletten, ergo zoo het genoten wordt, wordt het genoten door zijne patientia. Men had, in plaats van uit het gevolg, het recht af te leiden, omgekeerd eerst moeten vragen brengt de grondeigendom meê een recht om van af het erf rondom zich een vrij uitzicht te hebben? Zoo neen, waarvan is een vrij uitzicht dan een gevolg daar waar het bestaat? En dan moest het antwoord zijn: van een feitelijk toelaten van den eigenaar van het erf waarover het vrije uitzicht bestaat.

De beslissingen der Romeinen over het al of niet geoorloofde van het onttrekken van eene bron, en van licht aan zijn buurman, voor zooverre zij mij bekend zijn, houd ik voor volkomen juist, ofschoon, zooals ik later hoop aan te toonen, op andere gronden dan dat hier een lucrum zou zijn onttrokken.

Na de uiteenzetting van deze verschillende nuanceeringen van het ingrijpen van den eenen eigenaar in het rechtsgebied van den anderen, gaat Werenberg over tot eene beschouwing der bijzondere gevallen van botsing van twee eigendomsrechten.

Hem bij die uiteenzetting tē volgen, zou ons te ver leiden en tot herhalingen noodzaken.

We kennen nu de bouwstoffen van den schrijver. De drie eerste zijn onbruikbaar, de vierde is slechts ten deele bruikbaar en alleen onvoldoende. Kunnen we anders dan een afkeurend oordeel uitspreken over het gebouw dat uit deze materialen zou zijn opgetrokken?

HOOFDSTUK III.

Eigendom van het luchtruim en den ondergrond.

Alvorens over te gaan tot eene beantwoording der vraag of de eigenaar van een erf tevens eigenaar is van het luchtruim daarboven en den grond daaronder, zal het niet overbodig zijn, met een enkel woord het gewicht van deze vraag voor het burenrecht toe te lichten.

Verschillende schrijvers, die onderdeelen van het burenrecht of dat recht in zijn geheel behandelden, namen tot punt van uitgang eenige Rom. wetten en vooral (l 8 § § 5. 6. 7. Dig. si serv. vind. 8. 5.) [1].

[1]) § 5 Aristo Cerellio Vitali respondet, non putare se, ex taberna casearea fumum in superiora aedificia jure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admisit. Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet; in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immitat, fumi autem sicut aquae esse immissionem;

Het algemeene beginsel, waaruit de afzonderlijke beslissingen in deze § § geput waren, zagen zij in de woorden van § 5. »*In suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat.*" *Immissio* in den eigendom zijns buurmans, zeiden zij, is dus ongeoorloofd. Eene eigendomshandeling, die geene zoodanige immissio bevat, is geoorloofd. Men ziet nu terstond in van hoe groot belang het is, te weten of de eigenaar van den grond ook eigenaar is van het luchtruim en den ondergrond. Zoo ja, dan is eene handeling waardoor lichamen in dat luchtruim of dien ondergrond binnendringen, reeds daarom ongeoorloofd omdat ze eene immissio bevat. Dit is ten minste, mijns inziens, de logische gevolgtrekking uit het beginsel. Met Spangenberg [1]) en Gesterding [2]) tot eene andere conclusie te komen op grond van de eenvoudige bewering, dat *immittere* zou zijn: *het doen binnendringen van schadelijke lichamen*, komt mij te ge-

posse igitur superiorem cum inferiore agere, jus illi non esse id ita facere. . . . . § 6 Apud Pomponium dubitatur libro quadragesimo primo Lectionum, an quis possit ita agere, licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere, aut non licere, et ait, magis non posse agi, sicuti agi non potest, jus esse in suo ignem facere, aut sedere, aut lavare. § 7 Idem in diversum probat, nam et in balneis inquit, vaporibus quum Quintilla cuniculum pergentem in Ursi Julii instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi.

Zie nog over deze wet Holzschuber Theorie u. casuistik des Civilrechts II. pag 87.

[1]) Archif. f. Civ. Praxis IX pag. 265.

[2]) Ausb. v. Nachf. III pag. 398.

waagd voor. Ik voor mij zie geen kans, in immittere het begrip van schadelijkheid binnen te smokkelen. Dat beide schrijvers het doen, is mij een bewijs, dat zij zelf de onmogelijkheid er van inzien, om hunne theorie der immissio vol te houden, zoo ze aan immittere de eenvoudige beteekenis hechten, die er in ligt, dat ze zelf de zwakheid hunner redeneering inzien.

Blijft men toch voor immittere houden wat het werkelijk is, doen binnendringen, en zegt men met Spangenberg en Gesterding: iedere immissio is eene inbreuk op de rechten van den eigenaar, dan bevat het vliegen van mijne duif of mijne bij, het waaien van een blad van mijn boom over het erf mijns buurmans, eene schending van diens eigendomsrecht. Nog eens dus, het is voor het burenrecht van het uiterste belang, of, en zoo ja, tot hoever de eigenaar van een erf eigenaar is van het luchtruim daarboven, en den grond daaronder.

De eenvoudigste en zeker meest algemeen gedeelde meening over dit vraagpunt is deze, dat de eigendom van den grond medebrengt den eigendom van het luchtruim daarboven en van den ondergrond. Sommigen echter nemen den eigendom van het luchtruim aan in het oneindige en van den ondergrond tot het middelpunt der aarde. Anderen beperken dien eigendom, misschien eenigszins rationeeler, tot dat gedeelte binnen hetwelk menschelijke machtsoefening mogelijk is.

Twee theoriën, van deze geheel afwijkende, wil ik

hier meedeelen, om daarna mijne eigene meening over de quaestie bloot te leggen.

De eerste is die van Gesterding, die onze vraag voor zooveel het luchtruim betreft, in zijne Ausbeute von Nachforschungen [1]) behandelde onder den titel: »*das Mährchen von der Luftsaüle.*"

Reeds uit den titel blijkt, dat de schrijver het recht, op de luchtkolom voor zeer denkbeeldig houdt, en waarom? De lucht, zegt hij, in res communis; wel kan men er zich (b. v. in eene luchtpomp) kleine gedeelten van toeëigenen, maar nooit kan men eigenaar worden van de luchtkolom die zweeft boven zijn erf; deze staat geen oogenblik stil en ontvliedt alle menschelijke heerschappij. En, voegt hij er bij, waarvoor zou ook die eigendom van de luchtkolom dienen? Zooveel lucht als men noodig heeft om te leven, kan men inademen ook zonder dien eigendom, en waarvoor zou het overige gedeelte iemand van nut zijn?

Een eigendom van de lucht*kolom* is het dan ook niet, die algemeen aangenomen wordt, maar van het lucht*ruim*. Maar, zegt Gesterding, het luchtruim, dat men zich voorstelt tusschen de denkbeeldig eindeloos naar boven verlengde grenzen van zijn erf, is niets. Hoe kan men eigenaar zijn van de ruimte waar niets is, maar waar, juist omdat het een ruimte is, iets kan zijn? Van dat wat bestaat, is eigendom denkbaar, niet van de mogelijkheid, dat er iets besta.

1) B. V. pag. 147.

Zoo dan ook de Romeinen nu en dan spreken als of ze een eigendom van het luchtruim aannemen dan is dit niets dan eene figuurlijke wijze van uitdrukken. Al kan ook onbetwistbaar de eigenaar vele inwerkingen op zijn luchtruim beletten, zoo doet hij dat niet ten gevolge van eigendom van dat luchtruim. Neen zegt Gesterding, de ruimte boven mijn erf is niet mijn *eigendom* maar mijn *gebied*, en hij voegt er bij, dat begrijpt iedereen. Hij sta mij intusschen toe te verklaren dat ik het niet begrijp. Wat is *mijn gebied?* Wil dat zeggen dat ik als eigenaar van den grond, gebieder ben van het luchtruim daarboven? Wat is in het recht een gebieder, afgescheiden van den eigendom?

Of beteekent het dat men, door op het luchtruim boven mijn erf op eene bepaalde wijze in te werken, mij stoort in een recht dat ik als grondeigenaar heb? Maar dan is het m. i. beter te zeggen: op het luchtruim heeft de eigenaar van den grond geen recht, hoegenaamd; de immissiones daarin, die hij niet behoeft te dulden, kan hij beletten alleen krachtens zijn eigendom van den grond.

De uitlegging, dat het luchtruim gebied van den grondeigenaar is, heft volgens Gesterding tegelijk nog eene groote zwarigheid op. Hij vraagt n. l., zoo het recht op het luchtruim eigendom is, en de grondeigenaar staat aan zijn buurman toe boven zijn erf een balkon uit te bouwen, wie zal dan eigenaar zijn van het luchtruim boven het balkon? Ontegenzegge-

lijk de grondeigenaar, antwoordt hij, die van zijn eigendom niets dan dat gedeelte heeft afgestaan, dat door het uitbouwen van het balkon is ingenomen. Geheel anders zal volgens den schrijver het antwoord luiden, wanneer men aanneemt dat het luchtruim het gebied is van den grondeigenaar. Een gedeelte van dat gebied is afgestaan voor het bouwen van een balkon. Dat balkon is nu *de grond* geworden en het luchtruim daarboven is het gebied van den eigenaar van dien grond.

Waarom men in dit geval wel kan zeggen, het balkon is *de grond* die aanwijst wiens gebied het luchtruim is, en in het vorige geval niet, het is *de grond*, ergo die er eigenaar van is, is ook eigenaar van het aanhangsel, het luchtruim, dat betoogt Gesterding niet en het is mij niet mogelijk daarvoor eene reden te vinden.

De schrijver heeft m. i. ééne groote verdienste, dat hij de onmogelijkheid betoogt van eigendom aan het luchtruim. Hij had echter verder moeten redeneeren en voor dien eigendom geen ander recht op het luchtruim in de plaats moeten stellen, waarvan het begrip even onbepaald als het bewijs onmogelijk is.

De tweede, die eene van het oude beginsel afwijkende theorie verkondigde, is, zooals ik reeds boven opmerkte, Werenberg [1]).

Hoe is het mogelijk, vraagt deze, een eigendom van

1) t. a. p. pag. 12. vlg.

de luchtkolom en den ondergrond aan te nemen? Voor er privaat eigendom bestond, was zoowel de grond als de luchtkolom res communis. Het algemeen belang vorderde echter dat de mogelijkheid van bijzondere toeeigening door kapitaal en arbeid werd erkend. De luchtkolom nu kan evenmin als de ondergrond door kapitaal en arbeid worden bemachtigd. Ieder kan dus van de luchtkolom en den ondergrond slechts die inwerkingen van anderen afweren, die hem hinderlijk zijn voor zijn vrij gebruik van den door aanwending van arbeid en kapitaal geoccupeerden grond. De mogelijkheid tot dat vrije gebruik moet hij steeds behouden. Ware eigendom van het luchtruim mogelijk, de lucht zou daardoor ophouden gemeen goed te zijn. De lucht moet res communis blijven, dat houde men vast en beslisse daaruit in hoeverre ze voor toeeigening vatbaar is. De beslissing kan dan geene andere zijn dan deze: Niemand mag zich van de lucht zooveel toeeigenen, dat hij het gebruik daarvan aan anderen geheel ontneemt.

De occupatie van de lucht heeft plaats b. v. door er een huis in te bouwen of een boom in te plaatsen.

Maar ook voordat nog dat bouwen en planten heeft plaats gehad is de grondeigenaar reeds eigenaar van een gedeelte van het luchtruim, daar het vermoeden er voor pleit, dat zooveel van het luchtruim is geoccupeerd door de occupatie van den grond, als voor het gewone gebruik van dien grond noodig is, d. i. zooveel als een huis, een boom, etc. inneemt.

Geheel hetzelfde geldt voor den ondergrond. Ook die blijft res communis, voor zooverre hij niet door kapitaal en arbeid is bemachtigd. Ieder grondeigenaar mag dus van de lucht boven zijn erf en van den ondergrond zooveel occupeeren, als nog niet door andere grondeigenaars voor het gebruik van hun erf is geoccupeerd.

Voor ieder erf geldt dat deel der luchtkolom en van den ondergrond als geoccupeerd door den eigenaar, dat voor een gewoon geregeld gebruik daarvan noodig is.

Hoeveel nu voor ieder erf als geoccupeerd geldt, is gemakkelijk uit te maken. Hier zooveel als een veld met koorn, daar als een bosch, ginder als een huis van twee verdiepingen inneemt.

De grondeigenaar heeft ontegenzeggelijk recht, meer te occupeeren, maar deelt dat recht met ieder ander. Maakt nu echter een ander van zijn recht van toeeigening gebruik, dan brengt hij een nadeel toe aan mijn erf, door mij de mogelijkheid te ontnemen meer lucht daarboven te occupeeren door het bouwen van een huis op de grens. Die benadeeling van mijn erf nu, behoef ik als eigenaar niet te dulden, en kan ik door een actio negatoria beletten.

Dat tegen dit stelsel tallooze bezwaren bestaan, is reeds bij de meest oppervlakkige beschouwing duidelijk.

Ééne fout van den schrijver maakt, wat het luchtruim aangaat, reeds zijne geheele redeneering onjuist.

Het is n. l. de doorloopende verwarring van lucht (luchtkolom) en luchtruim. Daardoor past hij de rechtelijke natuur van de eerste (eene res communis) toe op het laatste. Er kan hier alleen sprake zijn van het luchtruim. Die toch b. v. een huis bouwt, occupeert wel het luchtruim, niet de lucht. Integendeel deze verdrijft hij eerder.

De geheele redeneering dus, die er op steunt dat het luchtruim res communis is, is valsch.

Werenberg blijft daarbij dan ook niet consequent, vooral niet daar, waar hij beweert, dat het niet als geoccupeerd veronderstelde gedeelte van het luchtruim, door ieder die maar wil kan worden geoccupeerd. Nu ken ik wel den regel »res nullius cedit primo occupanti" maar of diezelfde regel ook geldt voor de res communis, meen ik te mogen betwijfelen.

Nog minder juist schijnt het mij, wanneer Werenberg beweert, dat uit het gemeen zijn van het luchtruim onmiddelijk volgt, dat niemand er zich zooveel van mag toeëigenen, dat hij het gebruik er van aan anderen geheel ontneemt. Mijns inziens had de gevolgtrekking moeten zijn, dat ieder het mag gebruiken, maar niemand er zich een gedeelte van mag toeëigenen.

Het onbruikbare van deze geheele theorie, blijkt nog ten overvloede hieruit, dat de schrijver zich zelven tegenspreekt, zoodra hij ze wil toepassen. Wat toch is het. recht van toeëigening van het luchtruim, dat *en* aan den eigenaar van het onderliggende erf, *en* aan iederen derde wordt toegekend? Zoolang de eigenaar

alleen er gebruik van maakt, staat niets hem in den weg; wil echter ook een derde krachtens zijn recht een gedeelte van het luchtruim boven eens anders erf occupeeren, dan belet de eigenaar van het erf het hem krachtens zijn recht van grondeigendom. Wat blijft er over van het recht van den derde zoo altijd een ander hooger recht de werking daarvan belet? Immers niets.

Geen der drie genoemde theoriën komt mij dus voor de ware te zijn, noch die welke den eigenaar van het erf den eigendom van het luchtruim en den ondergrond geeft, noch die van Gesterding, noch die van Werenberg.

Welke is dan de ware?

Beantwoorden we deze vraag allereerst met betrekking tot het luchtruim. Het antwoord kan geloof ik zeer kort zijn. De lucht, die meer over de aarde zweeft dan boven de verschillende deelen staat, is res communis, ieder kan ze gebruiken, ze inademen en nut trekken uit hare werking op verschillende lichamen. Wel nu dat gebruik, niet een deel der lucht, kan hem toekomen, allerminst dat deel, dat over zijn erf zweeft en waarop iedere machtsoefening hem onmogelijk is. Het is dan ook niet de lucht, maar het ruim, begrepen tusschen de denkbeeldig opgetrokken grenzen van een erf, waarin de lucht zweeft, dat men zich voorstelt als aanhangsel van den grond. Wat was echter dat ruim, voor er privaateigendom bestond? Het was geene res communis, geene res nullius, zelfs geene res; en hoe kon nu de persoon zich tegelijk met den

grond iets toeeigenen dat niets was? Bouwde hij op dien grond een huis, of plantte hij er een boom, en bewerkte hij zoo, dat, wat vroeger ruimte was, ophield ruimte te zijn, dan occupeerde hij daardoor niets, alleen maakte hij van de ruimte, d. i. van de mogelijkheid, dat er iets kon zijn, gebruik en bracht er iets. Voor zoover hij de ruimte niet innam, bleef de mogelijkheid, dat daar iets kon zijn, bestaan. Ook die was weêr geene res nullius, geene res.

Maar, hoor ik mij reeds tegenwerpen, het kan toch geene willekeur geweest zijn van alle zoo vroegere als latere wetgevers, dat zij in zoo vele gevallen verboden van de ruimte boven eens anders erf gebruik te maken, en daar waar vroeger niets was iets te plaatsen, b. v. er een balkon in uit te bouwen, of een boom zijne takken in te laten uitstrekken. Het is toch zeker een algemeen en juist beginsel, dat hen daartoe leidde, en welk ander beginsel kan dat zijn dan dit: de grondeigenaar is eigenaar van het luchtruim boven zijn erf?

Volgaarne geef ik toe, dat er voor de bedoelde wetsbepalingen een algemeen en juist beginsel bestaat, maar ik ontken, dat het alleen uit den eigendom van het luchtruim kan zijn afgeleid. Integendeel, die eigendom zou, zooals ik boven reeds opmerkte, niet tot practische, maar tot hoogst ongerijmde resultaten voeren.

De persoon, die den grond occupeert, verwerft daardoor niet alleen het recht om dien grond den zijnen te noemen; dat recht zou hem niet alleen van weinig

nut zijn, maar ook strijdig met de gedachte, die de rechtvaardiging van den privaateigendom in zich draagt n.l. de vervulling der behoefte. Hij verwerft alzoo het recht om dien grond te gebruiken tot vervulling van behoeften. Dat gebruik nu zou hem dikwijls moeilijk ja onmogelijk worden, zoo de ruimte boven den grond niet onbezet bleef. Wordt ze derhalve bezet, en alzoo de mogelijkheid van gebruik daardoor aangetast, dan kan hij dat bezetten tegengaan krachtens zijn recht dat hem die mogelijkheid waarborgt, krachtens zijn grondeigendom [1]). Men ziet dus, ook zonder het aannemen van eigendom van iets dat niets is, zijn de talrijke bovengenoemde wetsbepalingen volkomen gerechtvaardigd en zij kunnen volstrekt niet dienen om de onjuiste stelling te bewijzen: »cujus est solum, ejus debet esse usque ad coelum."

Met volle recht meen ik daar tegenover te kunnen plaatsen de stelling: *Eigendom van het luchtruim bestaat niet, en kan niet bestaan* [2]).

Ook op de vraag of de ondergrond eigendom van den grondeigenaar is, kan ik geen voor alle gevallen bevestigend antwoord geven. Dat deze vraag van veel minder belang is dan de vorige, behoeft geen betoog. Even talrijk als toch de immissiones van een vreemd erf zijn in het luchtruim boven een naburig erf,

[1]) Zie hierover hoofdstuk VII.

[2]) Ook Mr. Goudsmit neemt geen eigendom van het luchtruim aan. Pandecten Sijst. 1 pag. 98 aanm. 3. Evenmin het ontw. van 1820 — art. 944. Zie nog Ihering t. a. p. pag. 86.

even zeldzaam zijn die in den ondergrond van dat erf.

Maar niet alleen het belang der vraag is geringer, de vraag zelve is ook eene geheel andere.

Hadden we toch in het vorige geval te doen met iets wezenloos (het luchtruim), de ondergrond is wel degelijk iets lichamelijks en dus in zooverre voor eigendom vatbaar. Wil echter eene zaak werkelijk iemands eigendom worden, dan is het niet voldoende dat ze besta (lichamelijk zij) ze moet ook voor toeeigening vatbaar zijn. Dit nu is met den ondergrond slechts voor een gedeelte, dat is tot een bepaalde diepte, het geval. Niet ieder echter, die zich een deel der aarde toeëigende, moet mijns inziens verondersteld worden daardoor tevens den ondergrond te hebben geoccupeerd voor zoover die voor occupatie vatbaar is. Toeëigening is iets feitelijks, voor fictie is hier geen plaats. Die beweert eigenaar van den ondergrond te zijn geworden, moet bewijzen, dat zijne machtsoefening zich werkelijk daartoe heeft uitgestrekt, dat zijn wil bij die machtsoefening werkelijk op dien ondergrond was gericht. Zooals Werenberg terecht opmerkt, is het gemakkelijk te bepalen hoever de toeeigening van iederen eigenaar zich heeft uitgestrekt. Bij het bouwen van een huis occupeert men den ondergrond zoo diep als de fundamenten liggen, bij de ontginning van eene mijn, zoo diep als de ader zich uitstrekt.

En is het waar, dat de toeëigening zich niet verder uitstrekt dan tot deze diepte, hoe kan dan de grond-

eigenaar het meerdere, tot aan de aardas, verkrijgen?

Naar ik geloof, op geene enkele denkbare wijze, want toeëigening is de oorsprong van allen eigendom.

Ook hier doen zich weêr gevallen voor, waarin eene handeling, wier gevolgen zich uitstrekken tot den ondergrond onder eens anders erf, ongeoorloofd is. Evenmin als we boven voor een dergelijk verbod den grond zochten in den eigendom van het luchtruim bij den grondeigenaar, behoeven we het hier te doen in een eigendom van den ondergrond.

Eene inwerking op den grond onder eens anders erf toch, kan of geschieden van af dat erf zelf, of van uit een naburig erf. In het eerste geval zal de eigenaar ze kunnen verbieden, omdat ze tegelijk is eene directe machtsoefening op zijn erf, waartoe alleen hij zelf bevoegd is. In het tweede geval zal hij ze kunnen verbieden, zoo hij er schade door lijdt, zoo de mogelijkheid van gebruik er door wordt aangetast, waarop zijn eigendomsrecht hem aanspraak geeft [1]). Ook eigendom van den ondergrond als aanhangsel van den grond, neem ik dus niet aan. Het resultaat van het in dit hoofdstuk vervatte onderzoek is alzoo het volgende: *Geene handeling is ongeoorloofd, alleen omdat zij bevat eene inwerking op het luchtruim boven, of den ondergrond onder eens anders erf.*

Voor ik van dit onderwerp afstap, nog een woord tot hen, die meenen, dat ik door deze beslissing in

[1]) Zie hierover nader Hoofdstuk VII.

strijd kom met de Romeinsche juristen, of liever met Ulpianus, die in de boven aangehaalde plaats zegt: »in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat." Leest men deze wet opmerkzaam en onbevooroordeeld, dan zegt zij niets dan dit: Iedereen is vrij op zijn erf zoodanige handelingen te verrichten als hij wil, zoo slechts de gevolgen dier handelingen zich niet uitstrekken over het erf van een ander. Over de vraag, wat moet gelden, zoo de gevolgen dier handelingen zich wel over het erf van een ander uitstrekken, daarover zwijgt Ulpianus; en het zou zeker hoogst onjuist zijn, uit de stelling, dat ieder gerechtigd is tot die handelingen op zijn erf, wier gevolgen zich niet over het erf van een ander uitstrekken, af te leiden, dat niemand gerechtigd is tot de zoodanige, wier gevolgen zich wel over dat erf uitstrekken. Ulpianus heeft eenvoudig dit willen zeggen: Over het al of niet geoorloofde van handelingen op zijn eigen erf kan verschil van meening bestaan; zooveel is echter zeker, dat ze nooit ongeoorloofd zijn, wanneer hare gevolgen zich niet over andere erven uitstrekken. Dat de eigenaar geene enkele handeling mag verrichten, wier gevolgen zich over het naburige erf uitstrekken, zegt Ulpianus volstrekt niet. Ik zie dus in de aangehaalde wet geen strijd met mijne meening.

HOOFDSTUK IV.

Stelsel van Ihering.

Over het stelsel van Ihering kan ik zeer kort zijn. Niet het minst zeker, is dit toe te schrijven aan de helderheid, waarmeê hij zijn betoog voordraagt, en zelf in eene korte conclusie samenvat.

Ihering begint met aan te toonen, dat het tot de beslissing van de verschillende vragen van burenrecht niets afdoet:

a. Of door eene handeling of een toestand de buurman benadeeld wordt.

b. Of de benadeeling van den buurman in de bedoeling van den handelenden eigenaar lag [1]).

Van groot belang daarentegen, zegt hij, is het of het ingrijpen in des buurmans rechtsgebied direct of

[1]) Over deze vraag, het verbod van Chicane, sprak ik boven.

indirect geschiedt, d. i. of de handeling zelve plaats heeft op het naburig erf, of alleen hare gevolgen zich daarop uitstrekken. In het eerste geval is de inwerking altijd onrechtmatig, in het tweede niet onvoorwaardelijk.

Hier meen ik dezelfde opmerking te moeten maken, die ik reeds in het midden bracht, naar aanleiding van Werenbergs stelsel ad 2dum. De vraag, of het ingrijpen in den eigendom van een ander direct of indirect geschiedt, is inderdaad van groot belang, maar het directe ingrijpen behoort niet in het burenrecht. Het verbod van directe inwerking is geene beperking van eigendomsrecht. Ik maak die opmerking hier nog eens, daar Ihering door de voorbeelden van direct ingrijpen, die hij aanhaalt, den schijn voor zich heeft als behoorden ook deze tot het burenrecht. Die voorbeelden zijn n.l. het uitgieten van water van af zijn eigen erf op het naburige erf, en het uitbouwen van zijn schoorsteen boven dat erf. Het is waar, die beide handelingen zijn van dien aard, dat *de buurman* de eerste lichter kan verrichten dan een ander, en de tweede alleen door hem kan worden gepleegd; maar beschouwen we ze nader, dan zien we, dat het uitgieten van water op eens anders erf door iedereen kan geschieden; is het dus ongeoorloofd, dan treft het verbod niet den bnurman alleen, en is allerminst eene beperking van zijn eigendomsrecht. Het verbod treft iedereen, want ieder derde mag evenmin als de buurman zich eene machtsoefe-

ning op eens anders erf veroorloven, zoo geen servituut hem daartoe het recht geeft.

Is het uitbouwen van een schoorsteen boven eens anders erf ongeoorloofd, dat verbod treft voorzeker alleen den buurman, maar men bedenke wat ik in het vorige hoofdstuk aantoonde, dat het luchtruim geen eigendom is van den grondeigenaar, en het uitbouwen daarin dus geen direct ingrijpen in eens anders eigendom.

Heeft het dus den schijn alsof deze verdeeling in het burenrecht op hare plaats is, het is te wijten aan Iherings voorbeelden, waarvan het eerste minder gelukkig gekozen, het tweede bepaald onjuist is. Stelt men zich een direct ingrijpen voor onder een anderen vorm b. v. het graven op eens anders erf, het vellen van eens anders boom, dan ziet men terstond dat alleen bij een indirect ingrijpen, van botsing van verschillende eigendomsrechten sprake is.

Maar om tot Iherings stelsel terug te keeren:

Indirecte inwerkingen op eens anders erf, zegt hij, zijn deels geoorloofd, deels ongeoorloofd.

Ongeoorloofd zijn die welke zijn:

1° Schadelijk voor het object van den eigendom, of

2° schadelijk voor den persoon des eigenaars, of

3° lastig voor den persoon des eigenaars.

De overige zijn geoorloofd.

Men wachte zich echter wel, voegt Ihering er bij, in ieder bepaald geval te vragen, is deze inwerking schadelijk voor dat erf, schadelijk of lastig voor dezen

eigenaar. Wat toch voor den een lastig is, kan voor den ander aangenaam zijn, wat de gezondheid van den een aantast, kan op den ander geheel zonder invloed blijven. In het belang van een zenuwachtigen, zwakken buurman hier te verbieden, wat men ginds, waar men met een minder gevoeligen persoon te doen had, toeliet, zou natuurlijk eene grove onbillijkheid zijn tegenover den eigenaar dien het verbod trof.

Daarom, zegt Ihering, moet men nooit een subjectieven, altijd den objectieven maatstaf, aannemen, en dien objectieven maatstaf zoekt hij voor de lastigheid, in datgene, wat het dagelijksche leven meêbrengt. Dat is, zegt hij, men moet in het belang van den eigendom aannemen, dat ieder eigenaar genoodzaakt is zooveel last te verdragen, als het onvermijdelijke gevolg is van het gebruik van zijns buurmans erf, dat het dagelijksche leven vordert. Lastigheid blijft alzoo geen relatief begrip, maar daarvoor treedt in de plaats een feit, datgene wat in het dagelijksche leven noodzakelijk en gebruikelijk is.

Volgens deze toelichting bedoelt dus de schrijver met zijne derde categorie van ongeoorloofde indirecte inwerkingen, die welke lastig zijn voor den persoon des eigenaars op eene wijze die geen noodzakelijk gevolg is van het dagelijksche leven.

Ik wil niet ontkennen, dat in deze theorie van Ihering zeer veel waars gelegen is, en wil haar allerminst met Hesse daarom veroordeelen, dat ze een zoo onbepaald begrip als het gebruik door het dagelijksche

leven gevorderd, als grondslag van beslissing aangeeft. Vooreerst toch komt mij dat begrip niet zoo onbepaald voor, en ten tweede is het zeker verkieslijker tot een resultaat te komen, dat iets feitelijks aan de beslissing van den rechter overlaat, dan eene voor alle gevallen vast beslissende oplossing te geven, ten koste der waarheid; en aan dat laatste euvel gaat Hesse m. i. mank [1]).

Eene eerste reden waarom echter Iherings systeem mij niet geheel bevredigt, is deze, dat het mij niet duidelijk is geworden, uit welk beginsel hij zijn driedubbel verbod von inwerking afleidt. Het maakt op mij te zeer den indruk van een toegeven aan een gevoel van billijkheid, om daardoor de consequentiën van een onbeperkt recht van beschikking en uitsluiting van vreemde inwerking te verzachten.

Het moge waar zijn wat Celsus zegt: »jus est ars boni et aequi", de billijkheid alleen is eene slechte leidsvrouw, of liever niet de billijkheid, want die is het niet die tot leidsvrouw genomen wordt, maar ieders subjectief gevoel van billijkheid. Wat recht is, is per se billijk, maar wat het billijkheidsgevoel van dezen of genen medebrengt, is daarom nog geen recht.

Eenige plaatsen uit Iherings opstel mogen ten bewijze strekken voor mijn oordeel.

Na een zeer juist betoog, dat de theorie der im-

[1]) Hoffmann merkt zeer terecht op, dat Hesse den knoop doorhakt, dien Ihering zoekt los te maken.

missio onhoudbaar is, komt de schrijver tot de conclusie, dat het antwoord op de vraag, of een indirect ingrijpen geoorloofd is, slechts gevonden kan worden uit het karakter van het ingrijpen.

Hij laat er op volgen [1]) »Dasz der Nachbar mittelbare Eingriffe, welche ihm in keiner Weise Schädlich oder lästig werden, dulden musz, braucht nicht gesagt zu werden." Dat de buurman die inwerkingen moet dulden, ben ik met Ihering eens, toch meen ik recht te hebben te vragen, waarom is het zoo duidelijk, dat het geen betoog behoeft? Vooral mag men die vraag richten tot Ihering, die evenzeer zonder het genoegzaam te motiveeren, van de stelling uitgaat: »Der Eigenthümer darf mittelst seiner Handlungen weder unmittelbar noch mittelbar in die Eigenthumssphäre des Nachbarn eingreifen, und nur ausnahmsweise ist ihm letzteres rücksichtlich solcher Handlungen erlaubt, deren Vornahme die gewöhnliche Benutzung des Grundeigenthums mit sich bringt [2])". Mijns inziens strijden deze twee plaatsen met elkaâr, zoolang niet bewezen is, dat de Eigenthumssphäre niet verder reikt, dan tot afwending van schade en last noodig is. Dat bewijs nu mist men in Iherings betoog.

Onder beschadiging van het object van den eigendom, verstaat Ihering: de schade toegebracht aan het corpus zelf van dat object, en rekent daar onder dus niet, vermindering van de waarde van dat object. Met be-

[1]) t. a. p. pag. 113.

[2]) t. a. p. pag. 105.

schadiging van het object zelf, stelt hij gelijk die van daarmee samenhangende zaken, en voegt er bij [1]): »Aber ist es nothwendig, dasz letzteres selbst, bez. die mit ihm zusammenhängenden Sachen: Baüme, Brunnen u. s. w. beschädigt werden, oder genügt nicht auch die Beschädigung der blosz in oder auf ihnen befindlichen Sache? Ich Wüsste nicht, welchen Unterschied es machen sollte, ob durch die nachtheiligen Dämpfe, Niederschläge von Rauch u. s. w., die Baüme und Pflanzen schaden nehmen, oder die auf dem Grase ausgebreitete Leinwand." Waarom de schrijver geene reden weet, die hier een onderscheid zou rechtvaardigen, wordt ons niet opgehelderd.

Ook mij zou het onjuist voorkomen tegen de eerste beschadiging aan den eigenaar bescherming te verleenen, maar niet tegen de tweede. Maar juist daarom twijfel ik aan de juistheid van de door den schrijver opgegeven vereischten voor het ongeoorloofde eener inderecte inwerking. Het linnen op de bleek toch gelijk te stellen met boomen en planten en dus te beschouwen als met den grond samenhangende, komt mij te gewaagd voor.

En toch zoo moet Ihering het beschouwen, wil hij beschadiging daarvan verbieden op grond van zijn regel: beschadiging van het object des eigendoms is ongeoorloofd.

Als Ihering overgaat tot beantwoording der vraag

[1]) t. a. p. pag. 118.

»is eene indirecte inwerking ongeoorloofd, die lastig is voor den persoon des eigenaars?" maakt hij zich zelven de tegenwerping [1]) »Wie kann man practisch operiren, mit dem unbestimmten Begriff des lästigen, beschwerlichen, unbequemen?" En hij antwoordt met eene wedervraag: »Darf mein Nachbar einen Schindanger anlegen, wenn er durch ärtzliche Gutachten nachweist, dasz die aus demselben sich entwickelenden Gerüche, der Gesundheid nicht nachtheilig sind?" Het is waar, het billijkheidsgevoel antwoordt op die vraag ontkennend, maar van welk beginsel is dat billijkheidsgevoel een uitvloeisel? »Wer diese Frage bejaht, gibt es in die Hand seiner Nachbarn, ihm seine ganze Existenz zu verleiden", zegt Ihering. Het is waar, maar uit welk beginsel volgt, dat de buurman dit niet in zijne macht mag hebben, dat dit niet ligt in de uitgestrektheid van zijn eigendomsrecht.

Maar genoeg citaten geloof ik, ten bewijze, dat te veel een billijkheidsgevoel spreekt uit des schrijvers stelsel. Laat ons ten slotte nog een oogenblik tegen Ihering te velde trekken met gelijke wapenen. Zoeken we eene beslissing van enkele concrete gevallen, naar Iherings sijsteem en toetsen we die aan ons eigen billijkheidsgevoel. Ik twijfel zeer of wij wel altijd over zijne beslissingen tevreden zullen zijn.

Stellen wij b. v. eens het zeer gewone geval, dat zich de behoefte voordoet eene stad uit te breiden.

[1]) t. a. p. pag. 121.

De eigenaars van de gronden rondom, of aan eene bepaalde zijde van die stad, verkoopen hun grond voor hooge prijzen, in smalle strooken, waarvan ieder juist voor het bouwen van een huis voldoende is. Een der koopers gaat nu echter terstond, voor dat de anderen hebben gebouwd, aan de beide zijden zijn erf tot eene aanzienlijke diepte afgraven, en maakt het zoo voor zijne buren gevaarlijk op de grens een huis, of wel een scheidsmuur te bouwen. Zou het billijk zijn hem dat toe te staan? Ik geloof neen, en toch hij beschadigt noch het object van den eigendom, noch den persoon des eigenaars, en doet evenmin dezen last aan, in den zin van Ihering. Deze wil het hem dus niet beletten. Werpt mij niet tegen, dat een dergelijk geval zich nooit zal voordoen, het kan zich voordoen en het stelsel, dat niet voor ieder denkbaar geval een juist antwoord geeft, kan zelf niet volkomen juist zijn.

Een ander voorbeeld. Lastigheid begint daar waar de behoefte van het dagelijksche leven eindigt, zegt Ihering. Stel nu, iemand heeft twee aan elkàar grenzende huizen, in het eene woont hij, in het andere oefent hij een beroep uit en bezigt daarvoor de zelfde quantiteit vuur als in zijn keuken om zijne spijzen te bereiden, verwekt dus in beide huizen de zelfde quantiteit rook. Mag nu de eene buurman het binnendringen van dien rook op zijn erf beletten, terwijl de andere den even lastigen rook moet dulden? Volgens Ihering geloof ik ja, want de eene rook komt uit den

schoorsteen van een woonhuis, de andere uit dien van eene werkplaats; en de schrijver vereenigt zich met de conclusie van den jurist in (l 8 § 6. D. si serv. 8. 5), die hij op de volgende wijze interpreteert: »Was das gewöhnliche Leben mit sich bringt, auch wenn es mit Einwirkungen in die Eigenthumssphäre des Nachbarn verbunden ist, musz jedem ohne Servitut freistehen; nicht dagegen, was zum Betrieb eines besondern Geschäfts gehört; hier bedarf es der Servitut."

En toch strijdt deze beslissing tegen ons billijkheidsgevoel. Ze is dan ook, zooals ik in hoofdstuk VII hoop aan te toonen, onjuist.

Ihering merkt even in het voorbijgaan op, dat het aannemen van een objectieven maatstaf voor de schadelijkheid en lastigheid, niet in den weg staat aan het inachtnemen van den concreten toestand van het naburige erf (of het b. v. een huis of een stuk bouwland is). Wat toch voor het eene schadelijk is, zegt hij, kan voor het andere nuttig zijn.

In zijne conclusie vinden we echter van dat onderscheid geen spoor. Wil hij dien toestand van het naburige erf nu in het oog gehouden hebben, en in hoeverre?

Eene fabriek, die den grond in den omtrek doet schudden, brengt geene schade toe aan omliggend bouwland. Kan hij, die te midden van bouwland eene dergelijke fabriek heeft gesticht, nu genoodzaakt worden die af te breken, of ten minste hare werking te staken,

omdat zijn buurman op de grens een licht gebouwtje voor gereedschappen plaatst? Volgens Ihering geloof ik ja, want de fabriek brengt dan schade toe aan het object van eens anders eigendom. Is ook deze beslissing niet onbillijk?

Is het billijk, een misschien hoogst winstgevend bedrijf in hooge mate te belemmeren, zonder dat daardoor van anderen een eenigszins beteekenend nadeel wordt afgewend?

Maar genoeg voorbeelden. De drie bovenstaande hebben, naar ik meen, genoegzaam aangetoond, dat het stelsel van Ihering niet in alle gevallen tot eene juiste beslissing voert.

Het heeft echter de groote verdienste, dat het aanwijst, hoe de schade door het eene erf geleden, en het gewone gebruik van het andere, factoren van onze oplossing moeten zijn.

HOOFDSTUK V.

Stelsel van Hesse.

Zooals ik boven vermeldde, werd het burenrecht in Duitschland nog uitvoerig behandeld door Hesse, in een opstel »zur Lehre von den nachbarlichen Verhältnissen der Grundeigenthümer [1]).

Gaan we ook het daarin uitgewerkte stelsel na.

Hesse maakt zich bij zijn betoog los van de wetenschappelijke definitie van eigendom, en leidt zijne gevolgtrekkingen alleen af uit den aard van het eigendomsrecht.

Het is toch onwaar, zegt hij, wat Ihering beweert, dat het toepassen van de volle eigendomsconsequentie

[1]) Jahrb. f. d. Dogm. des heut. Röm. u. D.
Priv. rechts VI pag. 378.
Zie ook Hesse Ueber die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn.

op den grondeigendom, dezen onpractisch zou maken. Integendeel, de eigendomsconsequentiën kunnen niet den eigendom onpractisch maken, maar het overdreven afleiden van consequentiën uit de wetenschappelijke definitie van eigendom, kan tot dwalingen en onbruikbare resultaten voeren.

We willen hem dit toegeven, maar hij geve ons dan tegelijk toe, dat eene definitie, die tot andere consequentiën voert dan het begrip, dat ze moet omschrijven, niet geheel met dat begrip overeenstemt, en dus onjuist is. Maar dit in het voorbijgaan.

Bij de beschouwing van de verhouding van buren, als grondeigenaren, zegt Hesse, moeten buiten rekening blijven die inwerkingen, welke alleen een persoonlijk gevoel treffen, alleen de zintuigen aandoen, en geene schade aanbrengen aan het object van den eigendom.

In het burenrecht komen alleen ter sprake die, welke het object zelf van den eigendom treffen, en die zijn deels wederrechtelijk, deels niet wederrechtelijk.

De wederrechtelijke zijn wederom *of* absoluut- of voorwaardelijk wederrechtelijk.

Als grond voor zijne bewering, dat men in het burenrecht niet te maken heeft met die inwerkingen, welke geene schade toebrengen aan het object zelf van den eigendom, merkt Hesse op, dat eigendom is een *vermogensrecht*, en dat men dus daar, waar men de verhouding van buren als grondeigenaren op het oog heeft, alleen mag letten op die feiten of toestan-

den, die op hun vermogen van invloed zijn of kunnen zijn.

Hesse schijnt te meenen, dat het verhinderen van alle invloeden die het persoonlijke gevoel van den eigenaar, zijne zintuigen en zijne gezondheid aandoen, op den weg ligt van het politierecht, niet van het privaatrecht. [1])

[1]) Deze meening vinden wij duidelijk uitgedrukt op pag. 388 van zijn opstel. Moeielijk valt het mij echter, daarmee te rijmen wat wij twee pagina's verder lezen: »Eine Verletzung des sachlichen Interesse, entsteht aber nicht blos, wenn fremde Handlungen oder Gegenstände zerstörend oder beschädigend auf mein Eigenthum oder dessen Theile einwirken, sondern ist schon dann vorhanden, wenn die Benützung und Verfügung hinsichtlich meines Eigenthums gestört oder verhindert wird, ja selbst dann, wenn die freie Verfügung erst in Zukunft oder bei veränderter Bestimmung der Sache gestört oder verhindert werden kann."

Het komt mij voor, dat, daar b. v. het binnendringen van een onaangenamen reuk op een erf, dikwijls zeer storend kan werken op het gebruik daarvan, ook Hesse deze en dergelijke inwerkingen, als »Verletzung des Sachlichen Interesse" krachtens het privaatrecht moest verbieden, en dus in strijd komen met zijne bewering, dat zij in het politierecht thuis behooren.

Hesse lost echter den strijd tusschen deze twee beweringen zeer eenvoudig op, door n. l. te verklaren, dat het binnendringen van rook, stank, gedruisch, op een erf, in het gebruik daarvan niet hinderlijk kan zijn *). Tot dien prijs blijft hij consequent.

Naar mijne meening is zijne consequentie te duur betaald. Hoe is het toch mogelijk te beweren, dat iemand even goed zijn eigendom b. v. zijn tuin, kan gebruiken, wanneer hij, zoodra hij er binnentreedt, omringd wordt door dikke rookwolken, of gassen die hem de ademhaling bijna onmogelijk maken? Volgens de laatste der aangehaalde woorden, is het eene

*) T. a. p. pag. 390.

Wanneer we nu, zoo vervolgt Hesse, het oog vestigen op die inwerkingen, welke een vermogensnadeel ten gevolge hebben, dan blijkt het terstond, dat zij slechts ten deele wederrechtelijk zijn. Immers, de heerschappij over eene zaak, als vermogensobject, kan zich nooit verder uitstrekken dan in het algemeen de menschelijke krachten en vermogens dit kunnen, en de natuur der zaak dit meêbrengt en toelaat. Dat wat ligt buiten 's menschen macht, ligt ook buiten zijne verantwoordelijkheid. Daarom kunnen niet als wederrechtelijk worden beschouwd die schadelijke inwerkingen, die een gevolg zijn 1° van het toeval, of 2° van den natuurlijken samenhang alleen van twee erven. De overige schadelijke inwerkingen zijn wederrechtelijk, en wel absoluut of voorwaardelijk wederrechtelijk. Deze verdeeling is, volgens Hesse zelven, zuiver Romeinsch. *Absoluut wederrechtelijke* inwerkingen zijn volgens hem dezulke, die, zonder recht ondernomen, het recht des buurmans kwetsen, en die dezen eene actie geven tot opheffing van de inwerkingen en volle schadevergoeding.

Voorwaardelijk wederrechtelijke inwerkingen zijn die, welke op zich zelve, naar streng recht, niet wederrechtelijk zijn, maar ingeval ze schade aanrichten

krenking van zijn eigendomsrecht, wanneer boven dien tuin een balkon uitgebouwd wordt; dan toch kan hij op de grens geen huis bouwen.

Onder mogelijkheid van gebruik van den grond verstaat Hesse dus, wel de mogelijkheid dat er een huis, niet die dat er een mensch zij.

Of die meening juist is, durf ik gerust aan ieders oordeel overlaten.

ex aequitate den eigenaar van het erf, waarvan zij uitgaan, in den regel tot schadevergoeding pro futuro verplichten. De handeling die de inwerking medebrengt is hier in den regel jure verricht, daarom heeft de buurman geen recht op opheffing der inwerking en schadevergoeding pro praeterito, en meestal moet hij, om voor het vervolg eene actie tot schadevergoeding te hebben, zijne toevlucht nemen tot eene cautio damni infecti.

Hier wordt dus onderscheiden tusschen handelingen *zonder recht* en handelingen *met recht* ondernomen. De onderscheiding kan allezins juist zijn, en, zoo men eens hare juiste grenzen kent, kan men op de laatste handelingen met gerustheid den regel toepassen: »qui suo jure utitur, neminem laedit." En toch neemt Hesse in beide gevallen eene verplichting tot schadevergoeding aan, al is het ook in het laatste geval slechts pro futuro.

Het is, geloof ik, niet moeilijk, na te gaan waar zijne dwaling schuilt. Hij redeneert aldus: Ware er geene cautio damni infecti gesteld, er zou geene schadevergoeding verschuldigd zijn geweest; en toch zou in dat geval de schade even goed geleden zijn. Ware de handeling, waardoor die schade geleden werd, onrechtmatig, dan zou, ook zonder de cautio damni infecti, schadevergoeding verschuldigd zijn geweest. Die is nu niet verschuldigd, ergo de handeling was niet onrechtmatig. Maar ik vraag: Hoe zouden de Romeinen er toe gekomen zijn om iemand te verplichten schadevergoeding

te beloven, voor het geval, dat hij door eene rechtmatige handeling schade toevoegde?

De beschouwing van Hesse is dan ook geheel onjuist. De gevallen waarin, slechts als er eene cautio damni infecti is gesteld, vergoeding van eene geledene schade kan worden gevorderd, zijn geene uitzonderingen op den regel, dat de schade door eene rechtmatige daad toegevoegd niet behoeft te worden vergoed, maar veeleer op dien, dat voor schade door eene onrechtmatige handeling berokkend, schadevergoeding verschuldigd is [1]). De Romeinen hielden het n. l. voor onbillijk, die vergoeding te vorderen in die gevallen, waarin zoowel de later beschadigde als hij die de schade toevoegde, haar kon voorzien. Dan toch, meenden zij, lag het evenzeer op den weg van den eersten om te waarschuwen en zich vooraf tegen het voorziene nadeel te waarborgen, als op den weg van den tweeden om de schade te voorkomen. In hoeverre deze Romeinsche beschouwing juist was, wil ik niet beslissen; zooveel is echter zeker, dat de nieuwere wetgevingen haar hebben veroordeeld door haar niet over te nemen. Eene plaats in het burenrecht, ook nu nog aan de cautio damni infecti in te ruimen, komt mij daarom onpractisch voor. Wat baat toch in eene quaestie van zoo groot actueel belang, het ophalen eener historische reminiscenz?

Tot de *absoluut wederrechtelijke inwerkingen* rekent Hesse:

[1]) (1 9 pr. de damno inf. Dig. 39—2).

1° Die handelingen welke worden begonnen op eens anders erf.

2° Die handelingen welke op het erf des handelenden eigenaars beginnen, maar in hare uiterlijke gedaante en in haren zichtbaren omvang zich uitstrekken over de grenzen, in twee gevallen:

a. Zoo zaken aan den grond of het gebouw van den handelenden eigenaar organisch verbonden, zich op het gebied des buurmans uitstrekken (b. v. een balkon, een overhangende boom).

b. Zoo losse lichamen op eens anders erf binnendringen, ten gevolge van eene handeling of inrichting, door welke deze lichamen onder alle omstandigheden, noodzakelijk en zonder tusschenkomst van andere factoren, op 's buurmans gebied gevoerd worden, zoodat het binnendringen daar ter plaatse door een gewoon menschenverstand (d. i. zonder technische kennis) kan worden voorzien.

Tot de *voorwaardelijk wederrechtelijke inwerkingen* rekent hij, de handelingen sub 2°, zoo ze niet aan de vereischten sub *a* of *b* voldoen.

Twee opmerkingen nog ten slotte over de resultaten waartoe Hesses stelsel voert.

Volgens Hesse heb ik tegen den buurman, die eene kachelpijp door den muur steekt, die aan mijn tuin grenst, eene actie; tegen hem, die naast mijn tuin eene kalkbranderij aanlegt, zonder cautio damni infecti geene actie.

Het uitsteken van één balk boven mijn erf, kan

ik beletten niet het aanleggen van eene schietbaan daarnaast, waar tot laat in den nacht den liefhebbers de gelegenheid openstaat om zich te oefenen, mijne rust te verstoren en mijn slaap te verdrijven.

Zijn die resultaten van Hesses onderzoek bewijzen voor de deugdelijkheid van zijn stelsel? Ik geloof het tegendeel.

Ook dit systeem kan dus niet gegrond zijn op den aard en de natuur van den grondeigendom, die wil, een vreedzaam samenleven van alle eigenaars, geene bevoordeeling van den een ten koste van den ander.

HOOFDSTUK VI.

Stelsel van Hoffmann.

Nog één stelsel blijft ons ter beschouwing over; het is dat door Hoffmann uitgewerkt in zijne monographie »Ueber die Grundzüge des Nachbarrechts beim Grundeigenthum" [1]). Hoffmann laat, evenals Ihering, de algemeene opmerking voorafgaan, dat er een groot verschil bestaat tusschen den eigendom van roerende en onroerende goederen, en wel in dit opzicht, dat het laatste recht minder onbeperkt moet zijn dan het eerste. Het gebruik van onroerende zaken toch, brengt meestal onvermijdelijk meê eene inwerking op den eigendom van anderen.

De meerdere beperkingen van den grondeigendom, verdienen daarom eene bijzondere toelichting.

Bij de beantwoording der vraag, welke inwerkingen

[1]) Archiv. f. pract. Rechtswissenschaft. Neue Folge I. pag. 241.

op de onroerende zaak, het erf van een ander, als geoorloofd, welke als ongeoorloofd zijn te beschouwen, zegt Hoffmann, komen niet in aanmerking die handelingen, welk op eens anders erf beginnen. Deze toch zijn, zoo zij niet op een afzonderlijk recht (b. v. een servituut) steunen, steeds ongeoorloofd.

Alleen blijven dus over de inwerkingen ten gevolge van handelingen of toestanden, die op een naburig erf hun aanvang nemen. Deze kan men verdeelen in drie categoriën:

1° Die welke geen positief nadeel toebrengen, maar slechts een voordeel onttrekken. (Hiervoor verwijs ik naar hetgeen ik daaromtrent opmerkte in hoofdstuk III).

2° Die welke niet ten gevolge van menschelijke handelingen, maar eenig en alleen ten gevolge van natuurkrachten ontstaan (Dat hiervoor niemand aansprakelijk kan worden gesteld, is buiten twijfel).

3° Die welke door menschelijke handelingen veroorzaakt, of door werken van menschenhand te weeg gebracht zijn, en tegelijk eene positieve schade ten gevolge hebben.

Vooral de inwerkingen dezer laatste categorie, verdienen eene verdere beschouwing.

Het toevoegen van eene positieve schade, zoo vervolgt Hoffmann, bestaat meestal in eene positieve inwerking door stooten, drukken, vallen etc., en deze inwerkingen kunnen zich weêr onderscheiden als volgt:

a. De werkende oorzaken kunnen zich onmiddellijk

op het naburige erf uitstrekken (b. v. uitstekende muren, balken, daken etc.).

b. Dat wat op des eenen eigendom is, daar binnen dringt, daar ontstaat of te voorschijn geroepen wordt, (b. v. rook, water, stof) kan op het naburige erf worden overgeleid en daar een zeker gevolg meêbrengen, of liever het op het eerste erf begonnen gevolg voortzetten. (Dit binnendringen kan het gevolg zijn van bijzondere werken op zich zelve, of tevens van natuurkrachten of handelingen.

c. Er kunnen deelen van het werk van den eenen op het erf van den anderen vallen (b. v. bouwvallen of ooft).

Ad *a.* Geschiedt dit door op zich zelve staande handelingen, dan is het niet moeilijk een antwoord te geven op de vraag of deze inwerking geoorloofd of ongeoorloofd is. Is de handeling toerekenbaar aan den handelenden eigenaar, dan heeft de benadeelde tegen hem eene actio ex lege Aquilia. Dat de eigenaar handelt van af zijn erf, zal wel onverschillig zijn, en het zal in rechten wel geen onderscheid maken of men van zijn eigen erf of van den publieken weg, steenen op zijn buurmans erf werpt. Zijn het werken op het eene erf, die zich op of over het andere erf uitstrekken, dan zijn zij objectief wederrechtelijk, daar zij op nadrukkelijke en blijvende wijze het burenerf benadeelen, en nog wel zonder voor het behoud van het erf waarvan zij uitgaan noodzakelijk te zijn.

Ad b. De schrijver licht zijn stelsel over deze inwerkingen toe, op de volgende wijze. Hier komen ter

sprake, zegt hij, de *werkende oorzaken* en hare *gevolgen.* De werkende oorzaken en haar werken, dienen als middel voor een bepaald gebruik van het erf, en zijn dus in zooverre als bedoelde gevolgen van dit gebruik te beschouwen, zonder welke het gebruik onmogelijk zou zijn. Van den anderen kant vertoonen de door die werkingen te weeg gebrachte gevolgen, die op het naburige erf beginnen of daar voortgezet worden, zich als oorzaken der benadeeling van een bepaald gebruik van dat erf. (b. v. Ik verwarm mijn huis of kook mijne spijzen, en verwek rook ten gevolge van het stoken van mijn vuur. Die rook moet nu uit tweeërlei oogpunt beschouwd worden, 1° als een noodzakelijk gevolg van mijn verwarmen of koken, 2° als den buurman lastig, wanneer hij in zijn tuin wil wandelen.)

De inwerking op het naburige erf geschiedt door de overgeleide stoffen, maar daarachter staan weer de oorzaken waarvan dat overleiden een gevolg is. Dit zijn dikwijls enkele handelingen, welke die stoffen nu eens zelve te voorschijn roepen, en wel dikwijls op zoodanige wijze, dat zij van zelve op een naburig erf doordringen, dan weder het overleiden van op het eigen erf binnengedrongen of daar bestaande of ontstane stoffen op het burenerf, bewerken.

Het verrichten dier handelingen staat dan meestal in verband met bestaande werken. Zeer dikwijls echter zijn reeds die werken op zich zelve voldoende, om de stoffen op het burenerf over te leiden. Soms ook

zijn er voor dat overleiden, behalve die werken en handelingen, nog natuurkrachten noodig.

Bij de bedoelde inwerkingen kan of de oorzaak van het overleiden, of het overleiden zelf, ten doel hebben om het gebruik van het erf door den eigenaar te bevorderen. (Het eerste is het geval zoo deze eene fabriek heeft en de rook daarvan op het naburig erf doordringt; het tweede zoo hij last van het water heeft, en naast zijns buurmans erf een kuil graaft, om het af te leiden, waardoor het op dat erf binnendringt). In het eerste geval mag men aannemen, dat de inwerking, die het burenerf benadeelt, door den handelenden eigenaar ten minste niet onmiddellijk gewild is.

De kracht der inwerking door de overgeleide stoffen hangt af: 1° van den aard dier stoffen.

2° Van den aard en de kracht der bewegende oorzaken.

3° Van de krachten, die of deze oorzaken verzwakken, of den loop dezer stoffen in den weg staan.

De bovengenoemde omstandigheden, die de kracht der inwerking op het naburige erf en de hierdoor te weeg gebrachte schade bepalen, hebben echter grootendeels haren grond in het gebruik, dat de handelende eigenaar van zijn erf maakt. Een buitengewoon gebruik zal meestal meer schade aanbrengen dan een gewoon gebruik. Dit laatste moet de buurman dulden, ook al schaadt het hem eenigszins; zonder dat toch zou vrede tusschen buren eene onmogelijkheid worden.

Eene merkelijke benadeeling in zijn gewoon gebruik

echter, hem toegevoegd door een buitengewoon gebruik van zijns buurmans erf, behoeft hij niet te dulden.

De belangen der buren, moeten hier zooveel mogelijk in overeenstemming gebracht worden.

Vooreerst lette men op het belang van den schade lijdenden eigenaar. De bereiking van het gewone doel van gebruik van den eigendom, mag niet merkelijk en voortdurend belemmerd worden; dat moet door hem (verondersteld dat hij een normaal mensch is) kunnen worden bereikt. Wat het gewone gebruik is, moet de rechter beslissen. (Stel b. v. men heeft aan zijn huis eene inrichting gemaakt, om het gewone gebruik gemakkelijker te maken, waardoor het huis meer dan vroeger aan zekere inwerkingen van het naburige erf is blootgesteld; in dat geval zal de buurman zijne handelingen zoodanig moeten inrichten, dat ze het gebied van den ander niet benadeelen. Anders zou het antwoord zijn, zoo iemand, ver van andere gebouwen, een gebouw had opgericht tot het uitoefenen van een bedrijf, en daarna een ander in de nabijheid een gebouw wilde plaatsen, dat onder de gevolgen van die wijze van gebruik van het eerste merkelijk zou lijden. In dit geval moet de eigenaar van het nieuwe gebouw de nadeelen dulden, die hij door het bedrijf zijns buurmans lijdt).

Het nadeel dat den eigenaar in zijn gewoon gebruik treft, moet verder, wil hij het kunnen beletten, een merkelijk nadeel zijn, nam minima non curat praetor.

Eindelijk moet de nadeelige inwerking, om ongeoorloofd te wezen, eene voortdurende zijn, of ten minste op bepaalde tijden terugkomen. Is dat niet het geval, dan kan de eigenaar zich misschien door eene cautio damni infecti tegen schade hoeden, hij heeft geen recht op het ophouden der schadelijke handeling, of de verwijdering van het schadende werk. *Ten tweede lette men op het belang van den schadenden eigenaar.* Hij mag niet belemmerd worden in het gewone gebruik van zijn eigendom, ook al brengt dat eenige schade toe aan zijn buurman. Een buitengewoon gebruik echter, dat zijn buurman schaadt, mag hij niet van zijn erf maken. Hij mag dus geene werken maken, noodig voor een buitengewoon gebruik, noch zulke, die, ofschoon tot een gewoon gebruik bestemd, daarvoor niet noodzakelijk zijn en den buurman meer dan gewoonlijk schaden.

Ad c. Hier geeft Hoffmann [1]) een geheel Romeinsch antwoord op de vragen, of de eigenaar op wiens erf losse lichamen vallen van het naburige erf, het weghalen van die lichamen door den buurman *kan eischen* en *moet dulden.*

Bij deze beschouwing wensch ik hem niet te volgen, en evenmin bij zijne uiteenzetting van de rechtsmiddelen, die jure Rom. eene plaats in het burenrecht innemen: de actio negatoria, actio aquae pluviae arcendae, cautio damni infecti, operis novi nuntiatio en het interdictum quod vi aut clam.

[1]) t. a. p. pag. 294 vlg.

5

Het bovenstaande is, meen ik, voldoende om het systeem van Hoffmann te beoordeelen.

Ik begin met te erkennen, dat het vele juiste gedachten bevat en meestal tot een juiste beslissing zal voeren. Niettegenstaande het vele juiste, dat er aan ten grondslag ligt, liet het mij echter ten deele onvoldaan, en rezen de volgende bezwaren daartegen bij mij op.

Als Hoffmann spreekt over werken op het eene erf, waarvan een gedeelte zich uitstrekt over het andere erf, zegt hij [1]: »Diese sind in Ermangelung einer besonderen Servitut, ganz specielle Ausnahmen abgerechnet [2], objectief widerrechtlich und unstatthaft, *indem* sie auf eine nachdrückliche und nachhaltige Weise das Nachbareigenthum belästigen, ohne noch dazu durch die Erhaltung der eigenen Sache geboten zu sein."

Bedrieg ik mij niet, dan vinden wij hier een wankelen tusschen de theorie van den eigendom van het luchtruim, en het stelsel door Hoffmann zelven ontwikkeld, dat alleen die inwerkingen, welke den eigenaar van een naburig erf in zijn gebruik daarvan hinderen, ongeoorloofd zijn.

Volgens de eerste, zoude dit uitsteken of overhangen altijd wederrechtelijk zijn, als direct ingrijpen in den eigendom van een ander; volgens het laatste alleen dan wederrechtelijk, wanneer het den buurman in het

[1]) t. a. p. pag. 264.

[2]) Hiermede heeft Hoffmann bepaald op het oog, de uitbuigingen van een muur, minder dan $1/2$ voet en het overhangen van takken op eene hoogte van meer dan 15 voet.

gebruik van zijn erf hinderde. Hoffmann nu combineert den laatsten grond met de eerste conclusie, door te schrijven: *Indem*, en niet *wenn*, sie auf nachdrückliche und nachhaltige Weise das Nachbareigenthum belästigen.

Bijna het geheele betoog van Hoffmann strekt om aan te toonen, waarvan de kracht eener inwerking afhankelijk, en waarvan die inwerking zelve een gevolg is. Zijn laatste antwoord luidt: van het gebruik dat van het schadende erf gemaakt wordt. Daarop laat hij nu echter volgen: [1]) »Eine solche Beeinträchtigung (d. i. door het gewone gebruik van een erf) musz aber der untere Nachbar, wie wir ferner den benachtheiligten Eigenthümer der Kürze halber nennen wollen, von Seiten des oberen Nachbars sich gefallen lassen, wenn ein nachbarliches Beisammenleben möglich sein soll. Dagegen braucht der untere Nachbar eine erhebliche Beeinträchtigung der gewöhnlichen Gebrauchszwecke seines Eigenthums von den obern Nachbar, insbesondere in Folge einer auszergewöhnlichen Gebrauchsweise des letzteren, nicht zu dulden."

Is de sprong, die de schrijver hier maakt, niet te groot, van de opmerking: een gewoon gebruik is minder hinderlijk dan een buitengewoon gebruik, tot de stelling: hinder toebrengen door het eerste is geoorloofd door het tweede ongeoorloofd? Is hij genoegzaam gerechtvaardigd door een beroep op »die Möglichkeit eines nachbarlichen Beisammenlebens?"

[1]) t. a. p. pag. 279.

Maar gesteld de sprong ware geoorloofd, brengt hij ons dan nog wel op vasten bodem? Beide buren mogen het gewone gebruik van hun erf maken; de een mag den ander niet door een buitengewoon gebruik in het gewone gebruik van zijn erf hinderen; schade voor een erf, voortvloeijende uit het gewone gebruik van een ander erf, moet men zich laten welgevallen. Maar wat is rechtens, wanneer aan het buitengewone gebruik van een erf, schade wordt toegebracht door het buitengewone gebruik van een ander erf? Daarop geeft het stelsel van Hoffmann ons geen antwoord.

Mijn derde bezwaar is minder tegen zaken dan tegen woorden gericht; tegen woorden echter, die meermalen, en ook hier door Hoffmann, als argument worden gebruikt, zonder het te zijn. We lezen toch op pagina 280: »Der der gewöhnlichen Benutzungsweise des Eigenthums von nachbarlicher seite wiederfahrene Nachtheil, musz ferner ein erheblicher sein, *Nam minima non curat praetor.*" Die laatste woorden zijn immers niets dan eene klank. Het moge waar zijn, dat de praetor non curat minima, in ieder geval heeft hij daarvoor een anderen grond dan dat het kleinigheden zijn. Het zou immers hoogst onjuridisch zijn een onrecht toe te laten, alleen omdat het een klein onrecht was. Een van beiden, er bestaat een juist beginsel, volgens hetwelk de grootte der schade het al of niet onrechtmatige bepaalt der handeling, waarvan die schade een gevolg was, of dat beginsel bestaat niet en dan blijft de onrechtmatige handeling onrechtmatig,

al ware de daardoor toegebrachte schade ook nog zoo gering.

Eindelijk deed zich, naar aanleiding van dit stelsel, nog eene vraag aan mij voor, waarop ik geen antwoord wist te geven. Het was deze: houdt Hoffmann ieder gebruik van den eigendom voor geoorloofd, dat geene immissio ten gevolge heeft? Zoo men consequent redeneerde uit de stelling, volgens welke het gewone of buitengewone gebruik beslissend is, zou men op deze vraag een ontkennend antwoord moeten geven. Vergelijkt men daarmeê echter het betoog, waardoor Hoffmann tot de stelling komt, waarin steeds van »übergeleiteten Substanzen" gesproken wordt, en de eerste woorden van § 9 »Wir gehen nun mehr zu der Darstellung der hauptsächlichsten Arten von Einwirkingen der zweiten Categorie über, und entnehmen hier das Eintheilungsglied aus der verschiedenartigkeit der Substanzen, die in das Nachbargebiet übergeleitet werden können", dan is men geneigd de vraag bevestigend te beantwoorden.

Ook op dit punt had ik wel zekerheid van den schrijver gewenscht.

Het in dit hoofdstuk ontwikkelde stelsel is dus, zooals m. i. uit het bovenstaande voldoende blijkt, niettegenstaande de bruikbare elementen, die het bevat, evenmin als de drie vorigen volledig en juist genoeg, om op alle vragen van burenrecht een bevredigend antwoord te geven.

HOOFDSTUK VII.

Stelsel van den schrijver.

In de vorige hoofdstukken gaf ik slechts negatieve resultaten, ik wil trachten daarbij in dit en de volgende hoofdstukken eenige positieve te voegen.

Behandelen wij daartoe allereerst het burenrecht in jure constituendo. Dat wij het Romeinsche recht niet geheel buiten rekening kunnen laten, is duidelijk; het kwam mij echter wenschelijk voor daarin niet de oplossing onzer vraag te zoeken, maar de oplossing zoodra ze gevonden was, er aan te toetsen, en ik vond mij niet te leur gesteld in de verwachting, dat ik daarin eene ontwikkeling zou vinden van de beginselen, die mij voorkwamen te volgen uit het natuurlijke begrip van eigendom.

Het Romeinsche recht tot basis te nemen, en daaruit af te leiden wat recht is, houd ik met Leist voor onjuist.

Men kan toch een voorwerp beter van alle kanten beschouwen, wanneer men het in natura, dan wanneer men het in den spiegel ziet.

Evenzoo met het recht; het oordeel door de scherpzinnige Romeinsche juristen geveld, moge altijd juist zijn geweest, men zal helderder inzichten krijgen in de verschillende rechtsbetrekkingen en rechtstoestanden, wanneer men put uit de bron hunner kennis, de natuur, dan wanneer men zich eenvoudig de resultaten van hun onderzoek voor oogen stelt.

Beantwoorden we dus allereerst de volgende vragen: [1]).

Is privaateigendom en vooral grondeigendom mogelijk? Zoo ja, waarom is die grondeigendom in het leven getreden? Kan het recht van den grondeigenaar een onbeperkt recht zijn, en zoo neen, in hoeverre is dat dan beperkt?

Het is bekend, welk een groote strijd er is gevoerd over het al of niet rechtmatige van den privaateigendom.

Het zal wel overbodig zijn hier te wijzen op alle verschillende stelsels voor en na hieromtrent ontwikkeld, grootendeels tot bestrijding der communisten, die met hun: »la propriété c'est le vol" te velde trok-

[1]) Men zie daarover. Locke. On civil government. ch. 5 § 25.
Cousin. Philosophie morale pag. 15 vgl.
Troplong. De la propriété selon le code civil.
Vissering. Handb. voor pract. staath. I. pag. 491 vlg.
Dalloz. in voce Propriété vap. I. 1—15.
Leist. Civ. Studiën III Ueber die Natur des Eigenthums.

ken voor eene gelijkmatige verdeeling van den rijkdom, tegen de in hunne oogen zoo onbillijke en niet te rechtvaardigen bevoordeeling van enkelen.

Waarom, vroegen zij, zijn zoovelen nu verstoken van hun deel in alles wat de aarde nuttigs en bruikbaars oplevert, daar toch in den beginne dat alles gemeen goed is geweest van allen? Waaraan ontleenden zij, die nu in overvloed leven, het recht om zich meer van dat gemeen goed toe te eigenen, dan zij noodig hadden; ja, wie bewijst hun recht om zich iets toe te eigenen?

Het is diefstal, niets anders.

Dat die woorden schoon moeten klinken in de ooren van hen, die door de fortuin stiefmoederlijk zijn bedeeld, wie zal het ontkennen? Maar is de toekomst dan werkelijk zoo schoon, die het communisme in het leven zou roepen met zijne wet: »geen eigendom meer"?

Integendeel, tegelijk met die wet zou de vernietiging zijn uitgesproken, niet van alle welvaart alleen, neen van het menschelijke geslacht zelf.

Ieder mensch toch is geboren met vele behoeften, en de producten, die de aarde in ruime mate oplevert moeten dienen om in die behoeften te voorzien; de kleederen, die strekken om hem tegen verschillende voor zijn lichaam schadelijke invloeden te beschermen, het voedsel, onmisbaar voor hem om zijn leven te onderhouden, het zijn natuurgaven, die hij in overvloed rondom zich ziet, maar hoe zal hij er het noodige

gebruik van maken, zoo hij ze zich niet mag toeëigenen? Het kleed, waarin hij zich hult, en vooral het voedsel, dat hij in zich opneemt, moeten toch wel het zijne zijn. Ontzegt men hem het recht om het tot het zijne te maken, men betwist hem tevens het recht om te leven.

Mist niet eene theorie, die tot dat resultaat voert, zelfs allen schijn van grond?

En toch, geloof ik, is dat resultaat niet te vermijden, wanneer men het beginsel aanneemt waarvan de communisten uitgaan: in den beginne was alles gemeen goed.

Men moge trachten de consequente toepassing van dat beginsel te verzachten, men moge er zich op beroepen, dat in den beginne de bijzondere toeëigening door den een, den ander niet benadeelde, daar er ook voor hem genoeg ter toeëigening overbleef, naar mijne meening valt het niet te ontkennen, dat de toeëigening van een deel der gemeenschap door een individu, een diefstal is, aan de gemeenschap gepleegd.

Men bewere niet, dat door een stilzwijgende overeenkomst de individuën het recht zouden hebben verkregen tot de toeëigening, en de verplichting op zich zouden hebben genomen om de toeëigening door anderen te dulden. Één dag van honger voor een enkelen, zou het bewijs leveren van het onmogelijke dier overeenkomst; ook die enkele had immers recht op zijn aandeel in den gemeenen overvloed.

De consequentiën van de stelling: »in den beginne

was alles gemeen goed," verbieden dus, geloof ik, reeds ze aan te nemen; maar er is meer. Neemt men de aanvankelijke gemeenschap aan, dan rijst als van zelve de vraag: hoe kwam die gemeenschap aan haren eigendom? Het is waar, zoo het antwoord op die vraag onmogelijk was, het zou die onmogelijkheid met zoovele antwoorden deelen, die nog verborgen zijn in de nevelen van dat duistere »in den beginne", maar is het niet rationeeler, zoolang die nevelen nog niet zijn opgetrokken, als waarheid aan te nemen, dat vóór den privaateigendom geen eigendom bestond, zelfs niet een eigendom van allen?

De stelling toch: voor er privaateigendom bestond, was alles res nullius, heeft geene der bezwaren tegen zich, die men tegen de aanvankelijke gemeenschap kan aanvoeren.

En staat het eens vast, dat in den beginne alles res nullius was, dan is het niet moeilijk meer, een antwoord te geven op die vraag: heeft privaat-eigendom recht van bestaan?

Er staat dan tegenover den wil van den individu om zich iets toe te eigenen niet meer een recht der gemeenschap, in den strijd waartegen die wil zou kunnen bezwijken, maar alleen een lijdelijk voorwerp, eene onbezielde zaak.

Daarover kan die wil heerschen, dat kan hij omvatten, en tot zich in eene zoo nauwe betrekking brengen, dat het het zijne wordt." Das Wollen der Person, und das Gewolltwerdenkönnen der Sache,

zegt Leist, zijn de gegevens waaruit de privaateigendom moet ontstaan."

Die lijdelijkheid bestaat evenzeer voor den grond, als voor roerende zaken, ook den grond dus kan de mensch door zijn wil en toeëigening tot den zijne maken.

Maar, zal men mij tegenwerpen, toegegeven dat de kracht van den wil over het onbezielde, den eigendom, ook den grondeigendom, mogelijk maakt, waarvoor dient deze dan nog, waarom is hij begeerd?

Bevrediging der gewone of eerste behoeften zou evenzeer mogelijk zijn bij gemeene bebouwing van den grond, en gemeen genot. Maar de mensch heeft meer dan die, hij heeft in zich het streven om steeds meer behoeften, en steeds op overvloediger wijze, te bevredigen. Tot meer volkomene bevrediging van die behoeften kan hem de grondeigendom strekken, daarom begeerde hij dien en maakte hij gebruik van de kracht, gelegen in zijne individualiteit.

De meerdere geschiktheid om te dienen tot vervulling der behoeften, de verhooging der bruikbaarheid van den grond dus, was het doel waarvoor privaat grondeigendom in het leven trad. Dat doel moet er dus ook steeds door bereikt worden, in de hoogst mogelijke mate, dat doel dient dus ook in het oog te worden gehouden bij de beantwoording der vragen: Hoever strekt zich de grondeigendom uit; omvat hij een onbeperkt recht van beschikking en uitsluiting van de

inwerking van anderen; en zoo neen, in hoeverre is dat recht dan beperkt?

De mensch kan den grond tot den zijnen maken, zeide ik zoo even, maar wat is dat »*het zijne*"?

Het kan niet twijfelachtig zijn, het moet voor den toeëigenende meêbrengen een recht van beschikking en uitsluiting van vreemde inwerking.

Over de zaak te kunnen beschikken, was juist het doel waarmee hij er zich van meester maakte.

Iedere machtsoefening van derden op de zaak, op het door den wil des eigenaars tot stand gebrachte, maakt dezen de bereiking van dat doel, in mindere of meerdere mate, onmogelijk. Het is hem eene volstrekte behoefte, niet alleen over zijn eigendom te kunnen beschikken, maar ook die machtsoefening van anderen te kunnen beletten.

Zijn wil bij de toeëigening was dus, die beide rechten te verwerven, dat is zeker; en wat zou kunnen beletten, dat die wil tot zijne vervulling geraakte?

Immers, noch de grond, het onbezielde object van den eigendom, noch de wil van derden, die tot dien grond in niet de minste betrekking stonden.

Met het oog dus op dien grond als object en op zijne medemenschen, als willende wezens alleen, staat niets den toeëigenende in den weg, om door zijn eigendom van den grond te verkrijgen een recht van beschikking en uitsluiting van vreemde inwerking, en wel een onbeperkt recht.

Zijne medemenschen moeten echter nog uit een an-

der oogpunt beschouwd worden, dan alleen als willende wezens. Ook zij kunnen gebruik maken van de kracht van hun wil over het onbezielde, en de betrekking daaruit geboren tusschen hen en hunne zaak, hun eigendom moet, dezelfde zijn als die van ieder ander tot zijne zaak.

Houden we ook dit in het oog, dan staan ons dus twee waarheden ten dienste bij het beantwoorden der vraag, in hoeverre is het recht van beschikking en uitsluiting van vreemde inwerking van den eenen eigenaar beperkt, door den eigendom van den anderen? Het zijn deze:

1° Het eigendomsrecht moet den eigenaar zoo groot mogelijke bruikbaarheid van zijne zaak waarborgen.

2° De rechten van alle eigenaars moeten gelijk zijn.

Trachten we uit die beide waarheden de regelen af te leiden, die moeten gelden in het burenrecht.

Bruikbaarheid te waarborgen, is de taak van den grondeigendom, zeiden we. Men houde daarom allereerst in het oog, dat de eigenaar geene handeling op een ander erf moet kunnen beletten, al strekken hare gevolgen zich over zijn erf uit, zoo slechts die gevolgen de bruikbaarheid van zijn erf niet verminderen, geene vervulling van behoeften, door dat erf, in den weg staan. Met andere woorden: men make zich los van de dwaling, als zoude de regel, dat de eigendom meêbrengt een recht om vreemde inwerking van het voorwerp van den eigendom af te weren, beteekenen,

dat men geen invloed hoegenaamd van een ander daarop behoeft te dulden.

Men bedenke, dat alleen een zoodanige invloed krachtens mijn recht kan worden geweerd, die mijn recht aantast, en dat doet alleen die invloed, welke de bruikbaarheid van het object van het recht vermindert, het minder geschikt maakt tot vervulling van behoeften.

Op den regel die den grondeigenaar een recht van beschikking, en van uitsluiting van vreemde inwerking geeft, bestaat dus vooreerst deze uitzondering: *Het recht van beschikking mag alleen worden uitgeoefend, voor zooverre daardoor de bruikbaarheid van andere erven niet wordt verminderd; het recht van uitsluiting van vreemde inwerking komt den grondeigenaar alleen toe, voor zooverre die inwerking de bruikbaarheid van zijn erf vermindert.*

Ook met deze uitzondering kan de regel echter niet bestaan, want ze zou door de beperking van het recht van beschikking, aan den eenen kant ieder erf de vatbaarheid voor gebruik voor een groot deel ontnemen, die ze aan den anderen kant wilde waarborgen, door toekenning van het recht van uitsluiting van vreemde inwerking.

Het meest dagelijksche gebruik toch, dat men van een erf maakt, kan bijna niet anders dan hinderlijk zijn voor de naburige erven, al is het dan in nog zoo geringe mate. Om dus geheel het doel van den eigendom te doen bereiken, moet men op deze uitzondering

weer eene uitzondering aannemen, n. l. deze: *Dat de beschikking over een erf, tot alles wat een normaal gebruik daarvan noodzakelijk medebrengt, den eigenaar geoorloofd is, al wordt ook daardoor de bruikbaarheid van andere erven verminderd; en dat eene inwerking op eens anders erf, ook al vermindert zij de bruikbaarheid daarvan, door den eigenaar niet kan worden verhinderd, zoo ze het noodzakelijke gevolg is van het normale gebruik van het erf, waarvan ze üitgaat* [1]).

Deze uitzondering berust weêr geheel op de regelen waarvan wij uitgaan. Bruikbaar moet de eigendom zijn, niet alleen voor den een, maar evenzeer voor den ander. Is nu het meest normale gebruik van den grond niet mogelijk, zonder dat het de bruikbaarheid der omliggende erven vermindert, dan heeft men de keuze tusschen twee gevolgtrekkingen uit die onmogelijkheid.

1° Kan men beweren, dat ieder het normale gebruik van zijn eigendom mag maken krachtens zijn recht van beschikking, en de inwerkingen op zijn erf, ten gevolge van het normale gebruik, door een ander van zijn erf gemaakt, kan beletten, krachtens zijn

[1]) Wanneer ik hier spreek van het normale gebruik, dan versta ik daaronder dat gebruik, dat het natuurlijkst volgt uit den aard en de ligging van het erf, en uit de omstandigheden. Niet op iedere plaats toch, en onder alle omstandigheden, zullen de eigenaars op de ongestoorde uitoefening van hun recht op dezelfde wijze aanspraak maken. Hier zullen zij ongestoorde bebouwing, daar ongestoorde bewoning, ginds onbelemmerde beweiding eischen voor zich zelve en dus ook aan anderen moeten toestaan.

recht van uitsluiting. Die bewering strijdt vooreerst, van het standpunt van den eigenaar, die zelf tot normaal gebruik wil zijn gerechtigd, en het een ander wil verbieden, tegen het beginsel, dat de rechten van alle eigenaars gelijk moeten zijn, en maakt in de tweede plaats per slot van rekening den eigendom zoo onbruikbaar mogelijk.

De inwerking toch, die A niet duldt van B, zal C weder niet dulden van A, en zoo zal ieder het recht worden ontzegd om dat normale gebruik van zijn erf te maken, dat eenige inwerking op de naburige erven meêbrengt.

2° Kan men aldus redeneeren: Is eigendomsrecht een recht dat bruikbaarheid waarborgt, dan moet er althans één gebruik van dien eigendom mogelijk zijn, en wel althans het meest normale gebruik; is dat niet mogelijk zonder eenige vermindering van de bruikbaarheid der omliggende erven, welnu dan moeten deze zich die vermindering van bruikbaarheid laten welgevallen.

Deze laatste conclusie is zeker ontegenzeggelijk de juiste, en we mogen dus gerust den bovenstaanden regel aannemen, die daaruit volgt.

Uit dezen tweeden regel, volgt eindelijk nog een derde.

De gevolgen van het normale gebruik van een erf moet, gelijk wij zagen, de buurman dulden. De vraag rijst nu als van zelve bij ons op, wanneer een ander dan het normale gebruik dezelfde gevolgen te weeg brengt, als het normale gebruik, kan de buurman ze

dan afwenden? Misschien zou men oppervlakkig geneigd zijn deze vraag ontkennend te beantwoorden.

Men bedenke echter, dat eene vermindering van de bruikbaarheid van het eene erf, toegelaten omdat ze de conditio sine qua non was voor de bruikbaarheid van het andere erf, niet meer geoorloofd mag zijn, zoodra hare rechtvaardiging ontbreekt. Strekt dus het abnormale gebruik van een erf, om dat erf in gelijke of hoogere mate bruikbaar te maken voor den eigenaar, dan het gewone gebruik zou doen, en brengt het geene gevolgen mêê, die, in meerdere mate dan de gevolgen van het normale gebruik, de bruikbaarheid van de naburige erven verminderen, het abnormale gebruik zal geoorloofd zijn. Door het toch in dit geval te verbieden, zou men slechts dit bewerken, dat de eigenaar de bruikbaarheid van zijns buurmans erf evenzeer verminderde, maar door van het zijne het normale gebruik te maken; en men zou dus de vermeerdering van bruikbaarheid van het eene erf tegengaan, zonder dat daardoor de bruikbaarheid van het andere eenigszins werd verhoogd.

Heeft de handelende eigenaar daarentegen, met zijn abnormaal gebruik, een ander doel op het oog, d. i. strekt het niet tot vermeerdering van de bruikbaarheid van zijn erf (maar b. v. om zijn buurman te benadeelen) het zal ongeoorloofd zijn.

De derden regel, die ons dus de natuur van den eigendom leert, is deze: *De beschikking over een erf tot een abnormaal gebruik is den eigenaar geoorloofd,*

zoo daardoor de bruikbaarheid van zijn erf in gelijke of meerdere mate wordt bevorderd, dan door het normale gebruik, en de gevolgen daarvan de bruikbaarheid der naburige erven niet meer verminderen, dan die van het geoorloofde normale gebruik. De eigenaar heeft geen recht van uitsluiting van die vreemde inwerkingen, welke de bruikbaarheid van zijn erf niet in meerdere mate verminderen dan de gevolgen van het normale gebruik van zijns buurmans erf zouden doen, zoo die inwerkingen het gevolg zijn van een abnormaal gebruik van dat erf, waardoor de bruikbaarheid daarvan in even hooge, of hoogere mate wordt bevorderd, dan door het normale gebruik.

Reeds bij den eersten oogopslag zal het ieder duidelijk zijn, dat we in dezen regel het verbod van Chicane terugvinden, ofschoon onder een anderen, ik durf zeggen meer juridischen, vorm.

Terwijl zij, die van een verbod van Chicane spreken, de eigendomsbevoegdheid willen beperken op grond van de slechte bedoeling van den handelenden eigenaar, beperkt onze regel die op grond van het ontbreken van eene rechtvaardiging voor een verliezen in bruikbaarheid van het eene erf gelegen in een winnen in bruikbaarheid van het andere.

Gerust meen ik te mogen beweren, dat deze laatste beweeggrond aannemelijker is dan de eerste.

Vatten we nu de bovenstaande beschouwingen kort te samen, dan komen we tot de volgende conclusie:

Vreemde inwerking van het eene op het andere erf,

strijdt niet met het eigendomsrecht van den eigenaar van dat laatste erf:

1° Wanneer ze de bruikbaarheid van dat erf niet vermindert.

2° Wanneer ze een noodzakelijk gevolg is, van het normale gebruik van het vreemde erf.

3° Wanneer ze een gevolg is van een abnormaal gebruik van het vreemde erf, dat de bruikbaarheid daarvan in gelijke of hoogere mate bevordert dan het normale gebruik, en niet in meerdere mate de bruikbaarheid van het andere erf vermindert, dan het normale gebruik.

Nemen wij deze conclusie tot richtsnoer bij de beslissing der bijzondere gevallen, en behandelen wij achtereenvolgens, op het voetspoor van Werenberg, de botsingen, die kunnen ontstaan uit:

1° Graven in de diepte.

2° Bouwen in de hoogte.

3° Doordringen van rook, damp, stof, vuur, gedruisch etc.

4° Werkeloosheid van den eigenaar.

5° Het overhangen van takken en doordringen van boomwortels.

6° Het binnendringen van vee, bijen en wild.

I. GRAVEN IN DE DIEPTE.

Dit kan zich voordoen onder verschillende gedaanten, op onderscheiden wijzen kan het eene botsing van twee eigendomsrechten veroorzaken.

a. Door het graven op zijn erf kan men eene bron-ader treffen en daardoor aan de bron van een lager gelegen erf het water onttrekken.

Reeds boven vermeldde ik, dat dit geval *en* in het Corpus Juris, *en* in de litteratuur meermalen voorkomt, en hier en daar als onttrekken van voordeel en daarom als niet onrechtmatig wordt beschouwd.

Hoewel ik de meening van verschillende schrijvers, wat aangaat de bewering, dat wij hier met een onttrekken van voordeel te doen hebben, niet deel, geloof ik toch dezelfde beslissing te moeten geven. Het graven van een bron op een erf toch, zal wel steeds kunnen gebracht worden, onder het maken van een normaal gebruik van een erf. Die op zijn erf wil wonen, die er vee wil weiden, heeft er water noodig, zelfs die het tot bouwland gebruikt, kan er eene bron wenschen, waaraan hij en zijne arbeiders zich kunnen verkwikken. Lijdt de eigenaar van het naburige erf daardoor schade, hij kan die niet afweren. Die schade is het noodzakelijke gevolg van het normale gebruik van het naastgelegen erf, en de eigenaar geniet hetzelfde voorrecht, dat zijn buurman, eigenaar van een hooger gelegen erf, tegenover hem heeft, tegenover zijn buurman wiens erf lager ligt, en wiens bron misschien door dat hij eene bron groef, is opgedroogd.

b. Men kan door het graven op de grens van zijn erf den muur van zijn buurman verzwakken of zelfs doen instorten. Hier houde men in het oog, waar die muur, die dreigt in te storten, gelegen is. Staat hij op

de grens van een erf, gelegen in eene veenderij, dus te midden van grond, waarvan de bestemming is afgegraven te worden, de eigenaar zal het zich zelven te wijten hebben, zoo zijn muur wankel wordt; hij kon voorzien dat de grond naast hem afgegraven zou worden, en had dus verstandig gedaan, met niet op de grens te bouwen. Men versta mij wel, in de omstandigheid, dat de schade lijdende eigenaar de schade kon voorzien, zoek ik niet de reden, waarom de inwerking geduld moet worden; die reden ligt hierin, dat de verveener het normale gebruik van zijn erf maakt. Door op de onvoorzichtigheid van den eigenaar te wijzen, die op de grens had gebouwd, wil ik alleen het verwijt van mij afweren, als zou mijne beslissing tot eene onbillijkheid aanleiding geven.

Anders zou het antwoord moeten luiden, zoo de eigenaar van een erf in eene bebouwde streek, eene stad of een dorp, door op de grens een kuil te graven, zijns buurmans huis aan het wankelen had gebracht. Hier is het graven volstrekt geen noodzakelijk gevolg van het normale gebruik van het erf, — dat normale gebruik is het bouwen van een huis, het aanleggen van een tuin bij dat huis. Het graven van dien kuil is dus door niets gerechtvaardigd, het vermindert de bruikbaarheid van het naastgelegen erf, zonder dat de noodzakelijkheid het vordert.

Die dus op deze wijze graaft, overschrijdt de grenzen van zijn eigendomsrecht, en tast dat van zijn

buurman aan. De buurman zal zijne handeling kunnen beletten door eene actio negatoria.

Maar, zal men vragen, die dan in eene stad een normaal gebruik van zijn erf maakt, en er een huis bouwt, kan ook door het graven voor zijne fundamenten zijns buurmans huis doen instorten, is hem dat geoorloofd? Misschien is dat instorten mogelijk, het komt mij hoogst onwaarschijnlijk voor, maar gesteld het ware mogelijk, dan zou mijn antwoord op de vraag ongetwijfeld bevestigend zijn, zoo n.l. niet dieper gegraven is, dan voor de fundamenten van het huis dat de eigenaar wilde bouwen, noodig was. Waar toch geene publiekrechtelijke bepalingen bestaan, omtrent de tusschenruimten bij het bouwen te bewaren, (en die moeten hier natuurlijk geheel buiten rekening blijven) moet ieder eigenaar hetzelfde recht hebben om op de grens te bouwen. Hier aan te nemen: qui praevenit tempore praevalet jure, zou eene ongerijmdheid zijn.

c. Men kan graven onder zijn erf, en daarbij de grenzen van dat erf, naar beneden verlengd, overschrijden. Het is duidelijk, dat hier de bovengestelde regelen, evenzeer van toepassing zijn. Schijnbaar moge hij, die onder eens anders erf graaft, zich bewegen op neutraal terrein, in werkelijkheid occupeert hij, bij iedere schrede die hij doet, een deel van den ondergrond. Deze occupatie, als zoodanig, is volkomen geoorloofd; het graven is echter niet alleen als daad van toeëigening te beschouwen, het is te gelijk een gebruik maken van

het geoccupeerde. En nu heeft men te onderscheiden, of daardoor schade wordt toegevoegd aan het erf waaronder men gegraven heeft of niet. Zoo neen, er kan geene enkele reden bestaan, waarom de eigenaar van dat erf, het graven zou kunnen beletten. Dit geval doet zich onder anderen voor in het door Ihering aangehaalde voorbeeld: het graven van een kelder, in den voet van een loodrecht oploopenden berg, dat ook volgens hem door den eigenaar van het eenige duizende voeten hooger gelegen erf niet kan worden belet.

Zoo ja, dan toont dit feit reeds genoegzaam aan, dat het graven op die plaats abnormaal is en de eigenaar van het erf, waaronder gegraven is, kan het door eene actio negatoria beletten.

II. BOUWEN IN DE HOOGTE.

Ook dit kan weer tot botsingen, van verschillenden aard, aanleiding geven.

a. Door het bouwen op het eene erf kan aan een huis op het andere erf voor een deel het licht worden ontnomen. De beslissing is hier zeer eenvoudig. Het bouwen toch van een huis naast en tusschen andere huizen, zal wel altijd zijn het maken van een normaal gebruik van zijn erf; vermindering van bruikbaarheid, die voor des buurmans erf daaruit voortvloeit, moet deze zich laten welgevallen. Geheel anders zou het antwoord moeten luiden, zoo het licht benomen werd door een abnormaal gebruik, voor den eigenaar niet

van evenveel of meer nut, dan het normale gebruik. Zoo b.v. de eigenaar van een huis van eene verdieping, alleen met het doel om zijn buurman het licht op de tweede verdieping te benemen, op zijn huismuur eene schutting wilde optrekken, zou de buurman hem dit kunnen beletten door eene actio negatoria.

b. Door het bouwen op het eene erf, kan het andere het uitzicht daarop worden ontnomen. Zoo als wij boven in hoofdstuk II zagen, was dat uitzicht slechts een toevallig feitelijk genot, niet voortvloeijende uit den grondeigendom. Die dus het uitzicht beneemt, ontneemt rechtens niets en kan dus ook door geene actie in zijn bouwen worden belemmerd, onverschillig of dat bouwen geschiedt als normaal of als abnormaal gebruik van het erf.

c. Wat zal rechtens zijn, zoo iemand aan zijn huis, dat op de grens staat, en dus over zijns buurmans grond, een balkon uitbouwt?

Zooals ik boven aantoonde, kan dit niet belet worden op grond daarvan, dat men een deel van het luchtruim boven eens anders erf inneemt. Op dat luchtruim toch heeft de eigenaar niet het minste recht. In vele gevallen echter zal door dat bouwen werkelijk de bruikbaarheid van het naburige erf verminderd worden (b. v. door dat den eigenaar de mogelijkheid wordt ontnomen om er een huis te bouwen op de grens, doordat het balkon de zonnestralen en den regen, aan een deel, hoe klein ook, van het erf onthoudt), en

is dat het geval, dan zal de eigenaar van dat erf het door eene actio negatoria kunnen beletten.

Deze meening wordt, naar het schijnt, geheel gedeeld door Westphal, die zegt: [1]) Non tantum aream alienam attingere interdictum est, sed et aerem ejus et coelum aedificio suo vicino ita implere, ut fundo nostro superjaceat. Debet spatium ab opere alieno relinqui liberum *quia ipsius fundi utilitas coarctatur*, dum pluviae, roris, aliaque naturae beneficia intercipiuntur, plantandi, aedificandi, sursum spectandi opportunitas adimitur.

Men werpe mij hier niet tegen, die op zijn erf een huis bouwt, maakt daarvan meestal een normaal gebruik, dat gebruik wordt niet abnormaal door het uitbouwen van een balkon aan dat huis, en volgens uwe conclusie is vermindering van de bruikbaarheid van een naburig erf alleen dan ongeoorloofd, wanneer het geschiedt door een ander dan het normale gebruik.

Het bouwen van een huis moge zijn, *een normaal gebruik*; het bouwen van een huis met een balkon, kan nooit genoemd worden: *een noodzakelijk gevolg van het normale gebruik*, en alleen wanneer het dat was, zou de buurman zich de vermindering van bruikbaarheid, die zijn erf treft, moeten laten welgevallen.

[1]) De libertate et serv. praed. § 3.

III. DOORDRINGEN VAN ROOK, DAMP, STOF, VUUR, STANK, GEDRUISCH ETC.

a. Het doordringen van rook, damp en stof.

Inzonderheid de botsingen hieruit ontstaande zijn tegenwoordig bij de toeneming der fabrieksnijverheid aan de orde van den dag. Hier vooral komt het ons te stade, dat we alles wat een noodzakelijk gevolg is van het normale gebruik van een erf, als geoorloofd kunnen beschouwen. Rook en stof toch, verbreidt bijna ieder, die op zijn erf woont, in meerdere of mindere mate, en ook verschillende dampen zullen meestal van het eene erf op het andere doordringen.

Zoolang die rook, damp en stof een gevolg zijn van het normale gebruik van een erf, moeten ze geduld worden. Evenzoo, zoo ze voortkomen van bedrijven of fabrieken, en niet zwaarder zijn dan die rook, damp en stof, die het normale gebruik van het erf zou meêbrengen.

Hetzelfde geldt ook, zoo door dien rook, dien damp, of dat stof, de bruikbaarheid van het naastgelegen erf niet wordt verminderd. Hier nu dient weêr ten zeerste acht gegeven te worden op de ligging en het normale gebruik van het geschade erf. Verschillende fabrieken toch, vooral die welke veel stof verspreiden, b. v. eene stoomreiniging van bedveêren, zijn voor een naastgelegen woonhuis en tuin ondragelijk, voor een bouwland niet alleen niet nadeelig, maar zelfs voordeelig.

De vraag zal zich dus dikwijls voordoen, wanneer kan men zeggen, dat de bruikbaarheid van een erf wordt verminderd? In de eerste plaats zeker, zoo het minder geschikt of zelfs geheel ongeschikt wordt gemaakt, voor het normale gebruik. Zoo eene fabriek in eene stad, over de naastgelegen erven, rook, damp, of stof verspreidt in die mate, dat een woonhuis en tuin er door in bruikbaarheid zouden verminderen, zoo b. v. de rook in de geopende ramen zou binnendringen, en het stof de wandelaars uit den tuin zou verdrijven, dan kan m. i. de buurman door eene negatoria den eigenaar der fabriek het recht ontzeggen, op die wijze op zijn erf in te werken.

Dit zal n. l. het geval zijn, wanneer van het erf werkelijk het normale gebruik wordt gemaakt, dat onder die inwerkingen zou lijden.

Hoe echter, wanneer een ander dan dat normale gebruik daarvan wordt gemaakt?

In dit geval heeft men te onderscheiden. Wordt slechts tijdelijk, geen gebruik of een abnormaal gebruik van het erf gemaakt, dan zal tot maatstaf bij de vraag of het in bruikbaarheid verliest, het normale gebruik moeten dienen. Dan toch blijft m. i. het vermoeden bestaan, dat dat erf tot het normale gebruik zal worden aangewend.

Wordt daarentegen van het erf een abnormaal gebruik gemaakt, blijkbaar omdat dat gebruik nuttiger is voor den eigenaar, en is dat erf daarvoor ingericht, staat er b. v. eene fabriek etc. dan zal eene inwerking

daarvan niet kunnen worden afgewend op grond dat ze de bruikbaarheid van het erf met het oog op het normale gebruik, zou verminderen. Dan toch mag men aannemen dat het erf ten minste voorloopig dezelfde bestemming zal behouden, en het zou strijdig zijn met den regel, dat de eigendom zoo bruikbaar mogelijk moet zijn, zoo men de vermeerdering van bruikbaarheid van het eene kon beletten, zonder daardoor eene vermindering van bruikbaarheid van het andere tegen te gaan. En dat zou men, zoo men in tegenovergestelden zin besliste, want dat eene inwerking een erf minder geschikt maakt voor het normale gebruik, bewijst volstrekt niet, dat ze ook aan het abnormale gebruik daarvan zal schaden.

Moeilijker is het antwoord op de vraag, of ook de bruikbaarheid van een erf verminderd wordt door eene handeling op het naburige erf, die het normale gebruik van het eerste niet zou belemmeren, maar de vatbaarheid daarvan vermindert, voor het abnormale gebruikt, dat er van gemaakt wordt op het oogenblik van het verrichten der handeling, b. v. het oprichten der fabriek.

B. v. Een fabriek, die veel stof verspreidt, brengt geen nadeel toe aan omliggend bouwland; kan nu het oprichten eener dergelijke fabriek te midden van eene bouwstreek, verhinderd worden door den eigenaar van eene bleekerij, die naast de op te richten fabriek is gelegen?

Men bedenke, dat zoo men deze vraag ontkennend

beantwoordt, het abnormale gebruik, het hebben eener bleekerij, waartoe de eigenaar vroeger geregtigd was en gerechtigd blijft, daar het aan de naburige erven geene grootere vermindering van bruikbaarheid aanbracht dan het normale gebruik, later eene feitelijke onmogelijkheid kan worden.

Zoo men daarentegen een bevestigend antwoord geeft, dan zal door het maken van een abnormaal gebruik van het eene erf, (het hebben der bleekerij) een daarmeê strijdend abnormaal gebruik van het andere erf (het oprichten der bedoelde fabriek) eene rechtelijke onmogelijkheid zijn geworden.

De vraag is dus, of, op grond van het latere abnormale gebruik het vroegere, of op grond van het vroegere, het latere, onmogelijk zal worden; m. a. w. van welk erf kan men eerder zeggen, dat de bruikbaarheid verminderd wordt, van datgene dat voor een toekomstig abnormaal gebruik de vatbaarheid wordt ontnomen, of van datgene, dat de vatbaarheid voor het tegenwoordige abnormale gebruik verliest? En daarop kan het antwoord niet anders zijn dan: van het laatste. De verhindering in een bepaald gebruik van het laatste is aanwezig, die van het eerste is fictief, ze kan eens geboren worden, maar het is hoogst onzeker of ze ooit zal geboren worden.

Men mag dus aannemen, dat een eens bestaand abnormaal gebruik van een erf, dat niet met het normale gebruik der naastgelegen erven strijdt, recht van bestaan heeft verkregen en moet behouden. Vol-

gens deze redeneering, vermindert dus ook datgene de bruikbaarheid van een erf, dat schadelijk is voor het bestaande abnormale gebruik daarvan.

Na deze toelichting zal het, geloof ik, niet moeilijk zijn, in ieder geval te beslissen, of de bruikbaarheid van het eene erf verminderd wordt door eene handeling die op het andere wordt verricht.

b. Doordringen van vuur.

Het eerste en meest eenvoudige geval, dat zich hier voordoet, is, dat hetzij uit den schoorsteen, hetzij van een los vuur op het eene erf, vonken doordringen op het andere erf, waardoor de bruikbaarheid van dat erf wordt verminderd.

Ook hier, natuurlijk, moeten weêr die vonken, die het normale gebruik noodzakelijk meêbrengt, en het daarmee gelijkstaande, worden geduld; maar men vergete niet, dat ik steeds spreek van noodzakelijk meêbrengen. In den regel toch, zal het normale gebruik nu en dan vonken over het naburige erf doen vliegen, maar in zeer geringe mate. Stookt men nu zijne kookkachel of zijn haard met zelfstandigheden, die een regen van vonken uit den schoorsteen op het naburige erf werpen, dan kan men zich niet verschuilen achter het normale van zijn gebruik, (want hoe normaal het stoken van eene kachel in zijn woonhuis ook zij, het brengt niet noodzakelijk zooveel vonken meê) en zal men door eene actio negatoria kunnen worden verhinderd in het stoken van die zelfstandigheden.

b. Een tweede geval, dat wel niet direct tot deze

categorie behoort, maar er toch het gevoegelijkst onder kan worden gebracht, is het oprichten van fabrieken of magazijnen van licht ontvlambare stoffen te midden van eene bewoonde streek.

De vraag, of b. v. het oprichten van een petroleum-magazijn of eene vuurwerkmakerij in eene stad, door de buren moet geduld worden, is natuurlijk geene andere dan deze: wordt daardoor de bruikbaarheid der aangrenzende erven verminderd? En op deze vraag moet, geloof, ik het antwoord bevestigend zijn. Het kan immers niet twijfelachtig zijn, of de geschiktheid der aangrenzende huizen ter bewoning door de oprichting van een dergelijk magazijn is verminderd. De lagere huurwaarde zal het bewijzen, want wat kan die anders zijn dan een gevolg van de mindere bruikbaarheid? De verhoogde assurantiepremie zal het bevestigen, want ze is een teeken van het voortdurende gevaar, dat aan het normale gebruik van het erf verbonden is. Ook hier zal dus het abnormale gebruik van het aangrenzende erf naar mijne meening door eene actio negatoria kunnen worden belet.

c. Het doordringen van stank en gedruisch.

Reeds de noodzakelijkheid, waardoor Spangenberg [1]) en anderen, die met hem, hetzij ten volle, hetzij gewijzigd, de theorie der immissio aannamen, gedrongen werden om deze inwerking op 's buurmans erf toe te laten, zou genoeg pleiten tegen die theorie. Dikwijls

[1]) Archif f. Civ. Praxis. IX. pag. 265.

meer toch dan andere handelingen benadeelt het verwekken van stank of gedruisch op een erf, het gebruik van de omliggende erven, en wel bepaald in die gevallen, waarin het bewonen het normale gebruik van den grond is. En hoe kunnen dan Spangenberg en zijne volgelingen dat gebruik van een erf voor geoorloofd verklaren, dat het recht van de eigenaars der omliggende erven om zoo te spreken in zijn raison d'être aantast, dat het zijne levensvatbaarheid ontneemt, door het het praedicaat van bruikbaarheid, het doel van iederen eigendom, te ontnemen. Het bevestigde mij dan ook in mijn vertrouwen op de waarheid der door mij gestelde beginselen, dat ze ook het verwekken van overmatigen stank en gedruisch in den weg staan, daar waar het de bruikbaarheid der omliggende erven zoude verminderen. Zoo zal men b. v. het aanleggen van eene schietbaan, eene vellendrogerij, een magazijn van guano, naast zijn woonhuis in de stad, kunnen beletten door eene actio negatoria; niet daarentegen het bemesten van een bouwland met grom, al dringt de stank daarvan in de naburige pachthoeve binnen.

Ik wil niet ontveinzen, dat hier den rechter eene moeilijke taak zal zijn opgedragen, in de beslissing van de vragen, of de stank of het gedruisch zoo sterk is, dat het de bruikbaarheid van het naastgelegen erf vermindert, en of het zwaarder is dan datgene, wat het normale gebruik noodzakelijk meê zou brengen.

Hetzelfde echter, dat ik naar aanleiding van Hesses bedenking tegen Ihering aanvoerde, houd ik ook

hier voor afdoende. Een juist beginsel wordt niet minder juist, wanneer blijkt, dat het in een enkel geval eene moeilijke feitelijke vraag te beslissen geeft. Bovendien zal die moeilijkheid zich zeker niet dikwijls voordoen, daar niet licht een proces zal worden gewaagd door een eigenaar, wiens erf niet werkelijk zijne bruikbaarheid voor een deel heeft verloren. Hier te lande zullen vooral vele gedingen worden voorkomen, zoo de gemeentebesturen, alvorens vergunning te verleenen tot het oprichten van de in het kon. besl. van 1824 genoemde fabrieken, magazijnen etc., de buren nauwkeurig hooren en aan hunne bezwaren de noodige aandacht schenken.

De practische bedenking, die hier tegen mijn stelsel zoude kunnen worden aangevoerd, is dus m. i. niet zoo gewichtig als ze schijnt.

d. Met een enkel woord dient hier nog gewag te worden gemaakt van die handelingen, ten gevolge waarvan vloeibare zelfstandigheden op of in eens anders erf doordringen. Dat ook deze, welke zich in tallooze schakeeringen kunnen voordoen, naar de aangegeven beginselen gemakkelijk zijn te beslissen, is duidelijk. Voorbeelden als: het vergaan van een muur door de daarin doorgedrongen stoffen uit een mesthoop, overstroomen van den vloer van een woonhuis door de stoffen uit het riool eens buurmans, zijn voldoende om de noodzakelijkheid eener actio negatoria ook hier aan te toonen.

Dringt het vocht uit den mesthoop in den onder-

grond van een bouwland door, dan zal het de bruikbaarheid daarvan niet verminderen, en dus geduld moeten worden. Misschien zal het niet overbodig zijn hier op te merken, dat de theorie der immissio, den eigendom van den ondergrond aannemende, ook deze inwerking als ongeoorloofd moet beschouwen, niettegenstaande ze eer voordeel dan nadeel aanbrengt.

IV. WERKELOOSHEID VAN DEN EIGENAAR.

Hiermede heb ik op het oog die gevallen, waarin het eene erf met schade gedreigd wordt, door gebouwen of beplantingen op het andere erf, die wel is waar met recht daar zijn geplaatst, maar later door bouwvalligheid, of anderszins door achteloosheid van den eigenaar, op het andere erf dreigen in te storten of over te vallen.

De vraag is, verliezen de gebouwen etc. door hunne bouwvalligheid hun recht van bestaan; is het een ongeoorloofd gebruik van den eigendom, daar dergelijke gebouwen te hebben? Wordt de bruikbaarheid van het naburige erf daardoor verminderd? Mijns inziens niet altijd; de eigenaar zal toch even gerust in zijn huis van twee verdiepingen wonen, al weet hij dat zijns buurmans huis van eene verdieping, wankel staat; stort het in, het zal zijn huis waarschijnlijk weinig deeren.

Het gebruik van een tuintje in de stad daarentegen, zal bijna geheel verloren zijn, zoo het aangrenzende

huis zoo bouwvallig is, dat het ieder oogenblik dreigt in te storten.

Hoe dus hier de beslissing in de actio negatoria moet zijn, zal geheel van de omstandigheden afhangen, die al of niet vermindering der bruikbaarheid van een erf ten gevolge hebben. Men werpe mij niet tegen, dat men door de negatoria alleen eene handeling van een ander, niet een toestand door den tijd in het leven geroepen, kan doen ophouden. Ik zou antwoorden: die de bruikbaarheid van zijn erf ziet verkleinen, diens recht wordt verkort; alleen zoo hij, ten gevolge van wiens doen of laten die verkorting plaats heeft, tot zijn doen gerechtigd, of tot doen niet gedwongen was, is deze voor die verkorting niet verantwoordelijk. Ieder is nu, behoudens de twee gemelde uitzonderingen, verplicht zijn erf niet te gebruiken ten koste van de bruikbaarheid van een ander erf.

En gebruik van zijn erf maakt men niet alleen, wanneer men het voor een bepaald doel inricht, maar evenzeer zoolang die inrichting duurt. Toen het huis gebouwd werd, maakte men van zijn erf het normale gebruik; het gebruik, de bewoning blijft wel normaal, maar het hebben van een huis, niet van een schade dreigend huis, is daarvan het noodzakelijk gevolg. Zoodra dus is uitgemaakt, dat de schade zoo dreigend is, dat zij de bruikbaarheid van het naburige erf vermindert, kan er geloof ik ook geen twijfel meer bestaan of de negatoria moet toegewezen worden.

Daardoor kan men dus de oogenblikkelijke benadeeling

doen opheffen, en grootere schade voor de toekomst voorkomen. De vraag blijft echter nog over: Zoo men van dat middel geen gebruik heeft gemaakt en het huis stort in, kan men de daardoor geledene schade vergoed krijgen?

Na het bovenstaande, kan ook op deze vraag geen ander dan een bevestigend antwoord worden gegeven. Daaruit is gebleken, dat de eigendom niemand het recht geeft, om een voor zijne buren schadelijk, bouwvallig huis op zijn erf te hebben. Het instorten bewees het schadelijke en dus de onrechtmatigheid van den bestaanden toestand. De onrechtmatigheid en de schade zijn dus aanwezig, en zeker zal ook niemand de verantwoordelijkheid van den eigenaar van het bouwvallige huis willen ontkennen.

Een ander geval zou het zijn, zoo de instorting een gevolg was van natuurkrachten of oorzaken onafhankelijk van den wil des eigenaars, en deze het noch kon voorkomen, noch kon voorzien. Dan bestond er geene onrechtmatigheid, geene verantwoordelijkheid, en dus geene actie.

Geene onrechtmatigheid zeg ik, want niet het instorten was in het vorige geval onrechtmatig, maar het bestaan van dien toestand, die het instorten voorafging en ten gevolge had; geene verantwoordelijkheid, want voor vis major staat niemand in.

V. OVERHANGEN VAN BOOMTAKKEN EN DOORDRINGEN VAN BOOMWORTELS.

Na het antwoord, dat we boven ontvingen op onze vraag naar den eigendom van het luchtruim en den ondergrond, spreekt het van zelf, dat dit overhangen en doordringen qua talis geen inbreuk is op 's buurmans rechten. Het wordt dat eerst, wanneer de bruikbaarheid van 's buurmans erf er door vermindert, en dit zal, vooral van het laatste, in slechts weinige gevallen het gevolg zijn.

Misschien zal men hier vragen, of in jure constituendo de buurman gerechtigd moet zijn om de takken en wortels, die hem hinderen af te snijden. Hoe men ook over die vraag denke bij aanneming van eigendom van het luchtruim en den ondergrond, wanneer men dien ontkent, moet men ook den buurman het recht niet toekennen om de ingrijpende takken of wortels te verwijderen. Daardoor toch zou men hem de beoordeeling overlaten van de vermindering van bruikbaarheid van zijn erf, die alleen den rechter behoort te zijn gegeven.

IV. BINNENDRINGEN VAN VEE, BIJEN, EN WILD.

a. Binnendringen van vee.

Het houden van vee zal zeker wel iederen eigenaar op zijn erf geoorloofd zijn, en waar ook, zeker

nooit door eene negatoria kunnen worden belet, zelfs dan niet, wanneer nu en dan dat vee op 's buurmans erf overloopt. Dat overloopen zelf echter behoeft de buurman zich niet te laten welgevallen. Het kan verschillende oorzaken hebben; vooreerst kan de eigenaar zelf zijn vee in 's buurmans weide drijven. Doet hij dat, dan verricht hij zeker eene handeling, waartoe hij niet het minste recht had, eene onmiddelijke machtsoefening op eens anders eigendom.

Beweert hij daarop recht te hebben, en dit zou alleen ten gevolge van een bijzonder, van zijn eigendom afgescheiden, recht, het geval kunnen zijn, dan zal den buurman, die het ontkent, eene negatoria ten dienste staan. Baseert de eigenaar zijne handeling niet op een zoodanig recht, dan zijn natuurlijk alle vereischten aanwezig voor eene actie tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad.

In de tweede plaats kan het vee door den eigenaar in zijne eigene weide worden gedreven, maar van daar in de weide des buurmans doordringen. In dit geval heeft men alleen te vragen, of de eigenaar voor dat doordringen verantwoordelijk is; is dat het geval, dan staat ook hier weder den buurman, dien schade is toegevoegd, eene actie tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad ten dienste.

Men houde echter wel in het oog, dat deze beide gevallen niet behooren tot het burenrecht, daar ze geene botsing bevatten van twee eigendomsrechten. Hier strijden niet het recht van beschikking van den een,

en dat van uitsluiting van den ander, met elkaâr, maar maakt de een inbreuk op het recht des anderen, zonder daarbij op zijn eigen recht te steunen.

b. Het houden en doordringen van bijen [1]).

Het groote verschil tusschen dit en het vorige geval is hierin gelegen, dat terwijl *daar* tusschen het houden van het vee en het doordringen daarvan op het vreemde erf, niet het minste verband bestond, *hier* daarentegen het vliegen der bijen over en op de naburige erven, een onmiddelijk gevolg is van het houden der bijen.

Houdt men dat in het oog, en bedenkt men dus dat het houden van bijen en het laten vliegen van bijen over de naburige erven, onvermijdelijk samengaan, dan is het gemakkelijk, ook hier in de aangegeven beginselen eene beslissing te vinden, van de vraag, of het houden van bijen den grondeigenaar geoorloofd is.

Dat antwoord hangt wederom af, van deze twee vragen: Wordt door het houden van bijen de bruikbaarheid der omliggende erven in meer dan de gewone mate verminderd? en brengt het normale gebruik van het erf het houden van bijen meê? In het algemeen kan men op de tweede vraag antwoorden: op het platte land, ja; in eene stad, neen.

De eerste vraag is eene zuivere quaestio facti.

Op het platte land zal dus in den regel het houden van bijen een recht zijn uit den eigendom voort-

[1]) Zeer lezenswaard is hierover een opstel van Gesterding. Ausbeute von Nachforschungen VI. 2 pag. 167.

vloeijende, zelfs dan wanneer de bruikbaarheid der naburige erven er door verminderd wordt, in de stad alleen dan, wanneer geene vermindering der bruikbaarheid van andere erven daarvan het gevolg is.

Is die in het laatste geval daarvan het gevolg, dan kan de eene eigenaar door eene actio negatoria den anderen het houden van bijen beletten.

Het zal na het voorafgaande duidelijk zijn, dat ik mij niet kan vereenigen met het oordeel door Gesterding t. a. p. uitgesproken over een vonnis in Hannover in het hoogste ressort gewezen. In dat vonnis werd n.l. aan een bijenhouder, die met eene actio negatoria werd aangesproken tot staking van zijn bedrijf, de exceptie van verjaring toegewezen, op grond hiervan, dat hij reeds tien jaar daar ter plaatse, op dezelfde wijze, zijne bijenteelt had uitgeoefend.

»Ieder heeft het recht bijen te houden op zijn erf, zegt Gesterding, maar daarvan is wel te onderscheiden het recht om zijne bijen op het vreemde gebied te laten vliegen. Dit recht heeft hij daardoor niet verworven, dat de buurman tot nu toe geduld heeft, dat vreemde bijen, als ze hun honig verzamelden, ook op zijn gebied rondvlogen. Van verjaring kon alleen sprake zijn, als de eigenaar kon geacht worden zijn buurman de bijen in de weide te zenden. Wilde men dat beweren, dan zou men moeten aannemen, dat de buurman door plaatsing van eene bijenkorf in de nabijheid van ons erf, eene inrichting gemaakt had, als het ware eene machine had opgericht, die naar

mechanische wetten, hare gevolgen over ons erf verspreidde. Maar deze beschouwing is onjuist. We moeten iedere zaak naar haren bijzonderen aard beoordeelen. We kunnen beesten niet slechts als machines beschouwen, maar moeten hun veeleer een arbitrium, al is het ook een arbitrium brutum, toekennen. Zoo de bijen op ons gebied komen, geschiedt het niet omdat de buurman ze ons toezendt, maar ze komen door de bloemen aangelokt uit eigen beweging. Zoo we al een rècht hadden, het zou zijn om van den buurman te verlangen, dat hij ze verhinderde op ons erf te komen. Maar dat recht hebben we niet, en kunnen we dus ook niet hierdoor verliezen, dat de buurman door verjaring het tegenovergestelde recht verwerft."

Deze redeneering van Gesterding is naar mijne meening niets dan eene spitsvondigheid. Zij is toch alleen hierop gebaseerd, dat de bijen als levende wezens, zelve *willen* overvliegen, en dus de eigenaar daarvoor niet verantwoordelijk kan worden gesteld.

Zou er werkelijk eenig verschil zijn tusschen het overvliegen van rook en van bijen? Voor het eerste is, behalve de handeling van den eigenaar, het aanleggen van vuur, nog één factor noodig n.l. de wind, voor het tweede nog één factor, behalve het plaatsen der bijenkorven, het bewuste overvliegen der diertjes. In beide gevallen echter is het even zeker, dat die tweede factor aanwezig zal zijn, en het is vooraf bekend, welk gevolg de handeling des eigenaars zal hebben. Is dat gevolg zoodanig als we boven omschreven, dan kan die han-

deling door eene actio negatoria worden belet. Wordt die negatoria niet ingesteld, dan loopt daartegen ontegenzeggelijk de verjaring, en zal de buurman, nadat de voor de verjaring vereischte tijd verstreken is, de vermindering der bruikbaarheid van zijn erf moeten dulden.

c. Binnendringen van wild.

Wanneer wild in eene beslotene ruimte gehouden en onderhouden wordt, moet het m. i. wat aangaat onze vraag geheel met vee worden gelijk gesteld. Dit behoort echter tot de uitzonderingen. Eene andere vraag is, of er sprake kan zijn van vergoeding der schade, door wild in zijn natuurstaat toegebracht. In Nederland, waar ieder het jachtrecht heeft op zijn eigen erf, kan zich deze vraag niet voordoen. In Duitschland, waar heerlijke jachtrechten bestaan, schijnt algemeen een recht van den eigenaar van een erf op vergoeding der schade door den jachtheer, te worden aangenomen [1]).

Werenberg houdt deze verplichting voor eene obligatio ex re, voortspruitende uit den toestand n.l., dat slechts één persoon het jachtrecht heeft. Hoe het zij, en waaruit men de verplichting ook afleide, het komt mij vreemd voor, dat het uitsluitende recht van jacht meê zou brengen de verplichting om te jagen; en zoo die niet bestaat, waaraan kan dan de verplichting tot vergoeding der schade door het niet jagen ontstaan haren oorsprong te danken hebben?

[1]) Werenberg t. a. p. pag. 77. Pfeiffer Pract. Ausf. III no. 3.

Ziehier de voornaamste gevallen van botsing van verschillende eigendomsrechten naar de gevonden beginselen opgelost. Naar mijn oordeel zijn onze resultaten zeer bevredigend.

Vergelijken we nu daarmeê, in het volgende hoofdstuk, de op dit onderwerp betrekkelijke uitspraken der Romeinen.

HOOFDSTUK VIII.

Vergelijking met het Romeinsche recht.

Hadden de Romeinen mij niet bevestigd in de meening, die ik in de vorige hoofdstukken verdedigde, misschien had ik geschroomd, beginselen neder te schrijven in vele opzichten verschillende van wat tot nu toe door Ihering en anderen werd geleerd. Gelukkig echter bleek het mij, dat tal van Romeinsche wetten, met evenveel, ja met meer recht, in mijn voordeel konden worden ingeroepen dan in het hunne.

Gaan we de voornaamste daarvan na, naar de volgorde der door mij behandelde gevallen van botsing.

Op die, welke ontstaan door het graven van een eigenaar op zijn erf, heeft o. a. betrekking (l. 24 § 12 D. de damno inf. 39. 2). In deze wet wordt gevraagd, of hij die op zijn erf eene bron graaft, en daardoor de bron zijns buurmans doet opdroogen, ge-

houden is, krachtens eene vroeger gestelde cautio damni infecti schadevergoeding te geven.

Trebatius antwoordt daarop: Non teneri damni infecti, neque enim existimari, operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua jure meo usus sum. Si tamen tam alte fodiam, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur.

Deze plaats zegt dus met andere woorden: die een bron graaft handelt suo jure, al droogt ook de bron zijns buurmans daardoor op, die op zoodanige wijze op zijn erf graaft, dat het huis zijns buurmans instort, niet. Dit was ook mijne conclusie, voor de meeste gevallen, daar in het eerste geval een normaal gebruik, in het tweede een abnormaal gebruik van het erf wordt gemaakt.

Voor de meeste gevallen zeg ik; men mag echter m. i. gerust aannemen, dat Trebatius hier den regel op het oog gehad heeft, zonder door zijne beslissing enkele uitzonderingen uit te sluiten.

Nog heeft hierop betrekking (l. 1 § 12 D. de aqua et aq. pl. 39, 3), waar we lezen: Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem, et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi, id fecit. Hier is uitdrukkelijk vermeld, dat geene actie den benadeelden eigenaar ten dienste staat, zoo de ander ten nutte van zijn erf heeft gegraven. Uit het laatste gedeelte der paragraaf kan men argumento a contrario redenee-

ren: als dus de eigenaar alleen gegraven heeft om den buurman te schaden, heeft deze tegen hem eene actio doli. Men meene echter niet, dat deze uitspraak met de door mij voorgestane beginselen strijdt. Het is waar, dat daar, waar de actio doli gegeven wordt, geene actio negatoria kan bestaan, want de actio doli wordt alleen dan toegekend, si de ea re alia actio non erit, (zoo men hetzelfde doel, schadevergoeding te erlangen niet langs een anderen weg kan bereiken.) Maar in den regel zal, zooals ik boven aantoonde, het graven van een put ook een normaal gebruik zijn, en de benadeelde door eene actio doli kunnen worden geholpen. Dien regel heeft weêr de jurist op het oog gehad, en voor de enkele uitzonderingen zal zijne uitspraak niet gelden, en naast de actio negatoria geene actio doli bestaan.

Op het bouwen in de hoogte hebben de volgende wetten betrekking:

(l 9 D. de serv. pr. urb. 8. 2.) Cum eo qui tollendo obscurat vicini aedes, nulla competit actio.

Tollere, het is bekend komt meestal voor in de beteekenis van *een gebouw optrekken*; de beslissing is dus dezelfde als de mijne.

Ook in (l 8 en 9 Cod de serv. et aqua 3. 34) wordt het benemen van licht aan een ander erf, toegestaan, zoo het geschiedt *aedificando*, *tollendo aedificio*.

Men moge tegen mijne meening, dat het onttrekken van licht toebrengen van nadeel is, (l 26 D. de damno

inf. 39. 2) aanvoeren, waar we lezen: quamvis luminibus officiat, tamen ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur. Ik kan mij met evenveel recht daarvóór beroepen op (l 27 eodem), waar Paullus zegt: Trebatius aït, etiam eum accipere damnum, cujus aedium luminibus officiatur. Misschien is de veronderstelling niet te gewaagd, dat de Romeinen het benemen van licht, aedificando, tollendo aedificio, even als ik, wel hielden voor een *damnum*, niet voor een *damnum vitio operis datum*.

Over het doordringen van rook etc., komen in het corpus juris vele belangrijke plaatsen voor. Het zal voldoende zijn de voornaamsten aan te stippen; en wel vooreerst:

(l 17 § 2 D. si. serv. vind. 8. 5) Secundum cujus parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret? Respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere [1]).

Duidelijker kan wel geene actio negatoria gegeven worden aan een eigenaar, wiens erf in bruikbaarheid vermindert door het gebruik van een naastgelegen erf.

Niet minder overtuigend is, wat we lezen in (l 19 eodem): Non posse prohiberi vicinum, quominus bal-

[1]) l 18 D. de serv. pr. urb. 8. 2.

neum habeat secundum parietem communem, quamvis humorem capiat paries, non magis, quam si vel in triclinio, vel in cubiculo aquam effunderet. Sed Neratius ait, si talis sit usus tepidarii, ut assiduum humorem habeat et id noceat vicino, posse prohiberi eum.

Eene badkamer is in een Romeinsch huis normaal, en dringt eenig water daaruit in den gemeenen muur door, welnu, datzelfde zal het gevolg zijn van andere dagelijksche handelingen des buurmans b. v. het reinigen der vloeren. Talis usus tepidarii, ut assiduum humorem habeat, dat is meer dan een normaal gebruik noodzakelijk medebrengt, daarom is het ongeoorloofd. Hetzelfde leert nog de overbekende en boven afgedrukte:

(l 8 § § 5. 6 en 7 D. si serv. vind. VIII. 5), waar Ulpianus zegt, dat men zijn buurman het verwekken van rook uit eene taberna casearia kan beletten, maar niet het verwekken van fumus non gravis, puto ex foco.

Nog talrijker zijn de wetten, waarin over het overhangen van boomen etc. wordt gesproken.

Het is waar, in (l. 2 D. de arbor. caed. 45. 27) wordt gezegd: si arbor, ex vicino fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege XII Tabularum de adimenda ea recte agere potes, jus ei non esse ita arborem habere" en daar wordt met geen enkel woord als vereischte voor de negatoria gesteld, eene vermindering van de bruikbaarheid van het erf waarover de boom hangt. Eene vergelijking met andere plaatsen,

doet mij echter vermoeden, dat hier eene vermindering der bruikbaarheid steeds wordt aangenomen.

Zoo zegt: (l. 14 § 1 D. si serv. vind. 8. 5) si paries communis, opere abs te facto, in aedes meas se inclinaverit, potero tecum agere, jus tibi non esse, parietem illum ita habere. Hier kan de inclinatio in aedes meas wel degelijk eene vermindering van de bruikbaarheid van mijn erf zijn. En ten duidelijkste blijkt het ten minste ten opzichte van de boomwortels, dat niet eene enkele inmissio in den ondergrond van een ander eene rechtskrenking is, uit:

(L. 1 Cod. de interd. 8. 1) Quum proponas, radicibus arborum in vicina Agathangeli area positis, crescentibus *fundamentis domus tuae periculum afferri*, praeses ad exemplum interdictorum, quae in albo proposita habet, si arbor in alienas aedes impendebit, item si arbor in alienum agrum impendebit, *quibus ostenditur*, *nec per arboris quidem occasionem vicino nocere oportere*, rem ad suam aequitatem rediget.

Men ziet het, niet het treden in eens anders eigendom, zijn ondergrond, is hier als considerans der bedoelde interdicten beschouwd, maar het benadeelen van het naburige erf.

Ten slotte nog eene plaats ten bewijze, dat ook aan de Romeinen de gedachte niet vreemd was, dat de schade, die het normale gebruik van een ander erf noodzakelijk meêbrengt, niet kan worden verhoed, wel dat nadeel, dat van geen normaal gebruik het noodzakelijke gevolg is, n. l.

(L. 24 pr. en § 1 D. de aqua et et aq. pl. arc. 39.3) Vicinus loci superioris pratum ita arabat, ut per sulcos, itemque porcas aqua ad inferiorem veniret. Quaesitum est, an per arbitrium aquae pluviae arcendae posset cogi, ut in alteram partem araret ne sulci in ejus agrum spectarent. Respondit non posse eum facere, quominus agrum vicinus, quemadmodum vellet, araret. § 1 sed si quos sulcos transversos aquarios faceret, per quos in ejus agrum aqua deflueret, hosce ut operiret, per arbitrium aquae pluviae arcendae posse cogere.

HOOFDSTUK IX.

Nederlandsch recht.

§ 1. TOEPASSELIJKHEID VAN HET STELSEL IN HET NEDERLANDSCH RECHT.

Nog twee vragen blijven ons ter beantwoording over. Wat geldt in Nederland ten aanzien van het burenrecht? en wat wordt door de jurisprudentie als daar geldende beschouwd?

Wanneer we willen onderzoeken, welke beginselen gelden in Nederland, dan moeten we allereerst dit in het oog houden, dat wel de taak des wetgevers is, de waarheid in het recht te zoeken en te formuleeren, maar dat toch de wet niet steeds de waarheid bevat, en nimmer de geheele waarheid. Wat waarheid

is, is het niet omdat de wet het zegt, maar omdat de verschillende toestanden en de aard der onderscheiden rechtsbetrekkingen het meêbrengen. Wat waarheid is wordt geene onwaarheid, al komt de wet er meê in tegenspraak. Alleen zal de wet de verwezenlijking daarvan, binnen de grenzen van hare daarmeê strijdende bepalingen, beletten. Maar ook alleen binnen die grenzen; daarbuiten zal weêr de waarheid ongeschonden gelden. Passen wij dit op ons recht toe, zien wij, of het begrip van eigendom van onze wet, overeenkomt met dat begrip, dat wij uit den oorsprong en de bestemming van den eigendom afleidden; en zoo ja, of ook positieve wetsbepalingen de consequentiën wijzigen, die uit dat begrip volgen.

Art. 625 B. W., bevat de definitie van den eigendom als: »het recht om van eene zaak het vrije genot te hebben, en daarover op de volstrektste wijze te beschikken mits men er geen gebruik van make, strijdende tegen de wetten of openbare verordeningen, daargesteld door zoodanige macht, die daartoe volgens de Grondwet de bevoegdheid heeft en mits men aan de rechten van anderen geen hinder toebrenge, alles behoudens de onteigening ten algemeenen nutte, tegen behoorlijke schadevergoeding ingevolge de grondwet."

Met Mr. Opzoomer [1]) geloof ik, dat het onjuist zou zijn te beweren: dat het laatste gedeelte dezer definitie de onjuiste beschrijving van het eerste deel aan-

[1]) Het burgerl. wetb. II. p. 63.

vult en verbetert, en eenvoudig eene rectificatie is, van wat in het eerste gedeelte (de eigenlijke definitie) onjuist was [1]).

We hebben toch in het vorige hoofdstuk gezien, dat het recht van den primus occupans, alleen beschouwd met het oog op het subject en het object van dat recht, werkelijk geheel onbeperkt zou moeten zijn, en dat alleen omstandigheden en toestanden daarbuiten, beperkingen noodzakelijk maken. De beperkingen echter, blijven uitzonderingen op de natuurlijke onbeperktheid. Hoe kan men nu het eigendomsrecht anders bepalen, dan door de onbeperktheid als regel voorop te stellen, en daarnevens die uitzonderingen te huldigen, zonder welke de regel nooit bestaat, daar ze volgen uit toestanden en rechtsbetrekkingen, die zich altijd en overal voordoen?

Deze zijn of publieke of private rechten.

Wij hebben hier alleen de laatsten te behandelen.

Mits men aan de rechten van anderen geen hinder toebrenge, zegt ons art. Deze woorden kwamen noch in den Code civil, noch in het ontwerp van 1820 voor, en het kan niet ontkend worden, dat de wetgever door ze in zijne definitie op te nemen de bepaling van art. 544 Code civil aanmerkelijk verbeterde. Het toevoegsel lokte bij de discussien noch rechtvaardiging, noch toelichting uit.

De woorden van Nicolaï in de zitting der tweede

[2]) W. C. D. Olivier Proeve over de bep. van den eigendom door het politierecht, pag. 2 vgl.

kamer, van 14 Februari 1825 [1]): le respect que tout le monde porte aux droits d'autrui, ne permet pas que l'on élève la moindre réclamation en faveur du propriétaire, qui se trouve ainsi borné dans l'exercice de sa propriété" zouden ook reeds voldoende zijn om de inlassching van onze alinea te motiveeren. En toelichting had ze niet noodig; wat *rechten van derden* zijn, kan toch niet twijfelachtig wezen. Zoowel de rechten van derden op de zaak waarvan men den eigendom heeft, als de rechten van derden op andere zaken, moet men eerbiedigen bij de uitoefening van zijn eigendomsrecht.

We zien dus, dat de beperking van het recht van vrij genot en vrije beschikking, die wij in het vorige hoofdstuk hebben afgeleid uit den aard en den oorsprong van den eigendom, in ons art 625 uitdrukkelijk is gehuldigd. Onze wetgever heeft als regel aangenomen het juiste beginsel, dat het eigendomsrecht, wil het geene onmogelijkheid worden, niet mag worden uitgeoefend in die onbeperkte mate, dat niet een ander eigendomsrecht daarnaast kan bestaan van dezelfde uitgestrektheid. De regering drukte dit zelve, bij de behandeling van art. 672 B. W. aldus uit:

»Men kan niet inzien, dat het immer geoorloofd »kan zijn zijn eigen erf te bevoordeelen door aan dat »van den buurman nadeel toe te brengen. Dit toe te

[1]) Voorduin III pag. 400.

»laten, zoude eene inbreuk maken op de onschend-»baarheid van het recht van eigendom" [1]).

Werd alleen in art. 625 B. W. een beginsel van burenrecht aangevoerd, op alle mogelijke vragen daartoe betrekkelijk, zou hetzelfde antwoord moeten worden gegeven, als volgens hoofdstuk VII in jure constituendo.

Het is echter niet alleen in art 625, dat we de Nederlandsche beginselen van burenrecht moeten zoeken. We vinden ze voor een ander gedeelte in den vierden titel van het tweede boek van het B. W. [2])

Van de artikelen van dezen titel, die op de rechtsbetrekkingen van buren als zoodanig, betrekking hebben, zijn sommige een uitvloeisel van de boven uiteengezette beginselen, andere daarmeê in strijd, m. i. meestal om practische redenen. De eersten zijn de art. 673, 677, 702 en 703, de tweeden de art: 693—697, 700, 701, 713 en 714. Gaan wij die artikelen achtereenvolgens na.

Art. 673. In de tweede alinea van dit artikel is het beginsel gehuldigd, dat geene bevoordeeling van den eenen eigenaar ten koste van den anderen geoorloofd is. Beschouwen we het geval een oogenblik nader, naar aanleiding waarvan dit beginsel is uitgesproken.

[1]) Voorduin III pag. 472.

[2]) Het zal wel niet noodig zijn er op te wijzen, dat het recht om gebouwen te stellen en beplantingen te doen op zijn erf, den eigenaar toegekend in art. 626 B. W. evenzeer wordt beperkt door wat art. 625 noemt »rechten van anderen" als door de bepalingen van den vierden en vijfden titel van het tweede boek B. W.

Vermindering of vermeerdering van de bruikbaarheid van een erf kan onder anderen ook het gevolg zijn van eene verandering van den natuurlijken toestand van dat erf. Dat men eigenaar is van een erf, wil zeggen dat men op dat erf, in den toestand waarin de natuur het plaatste, die rechten heeft welke de eigendom meêbrengt.

Het zal nu wel in abstracto den eigenaar volkomen vrijstaan dien natuurlijken toestand in zijn voor- of nadeel te wijzigen, maar een andere vraag is, of die vrijheid zich zoover uitstrekt, dat hij daardoor den toestand van andere erven mag veranderen. En om tot een antwoord op die vraag te komen nemen we weêr onze toevlucht tot onze algemeene beginselen.

Een gebruik, dat van een erf in zijn natuurlijken toestand niet kan worden gemaakt, is geen normaal gebruik. Het is dus ongeoorloofd, zoo het met eene vermindering van de bruikbaarheid van een ander erf gepaard moet gaan. Maakt men van een erf het normale gebruik, dan is eene inwerking op een ander erf ten gevolge van de verandering van den natuurlijken toestand van het eerste erf, daarvan geen *noodzakelijk* gevolg. Benadeelt die verandering dus het naburige erf, dan ligt ze niet in de eigendomsbevoegdheid van den handelenden eigenaar en kan de benadeelde ze dus beletten.

Ziedaar het antwoord, dat ons onze algemeene beginselen geven; het is geen ander dan dat, 't welk art. 673 B. W. uitspreekt en op den natuurlijken afloop van water toepast.

Art. 677. Dit art. bevat een voorschrift voor den rechter, hoe hij behoort te oordeelen, ingeval er geschil ontstaat tusschen eigenaars van erven grenzende aan een stroomend water met betrekking tot de rechten, hun in het vorige art. toegekend.

De rechter moet »het belang van den landbouw met de onschendbaarheid van den eigendom trachten overeen te brengen, en zich in allen gevalle gedragen naar de bijzondere en plaatselijke verordeningen opzichtelijk den loop, de hoogte en het gebruik der wateren."

Het eerste zou naar mijne meening toch de plicht des rechters zijn, al ware het hem hier niet voorgeschreven. Immers, door steeds in het oog te houden, dat bruikbaarheid het raison d'être van den eigendom is en blijft, zal de rechter, waar landbouw het normale gebruik van den grond is, ook steeds de belangen daarvan behartigen.

In het tweede voorschrift, dat kracht geeft aan de bijzondere en plaatselijke verordeningen, schemert het beginsel door, dat alles, wat op eene bepaalde plaats normaal is, moet worden geduld, daar ieder geacht kan worden minstens dat voor zich zelven te vorderen en dus ook minstens dat aan anderen moet toestaan. Het zou misschien niet te gewaagd zijn aan te nemen, dat deze bepaling, uit den Code civil overgenomen, haren oorsprong heeft in de moeilijkheid van het antwoord op de vraag: wat is normaal? Mogelijk heeft de wetgever, voelende, dat het normale aan ieder moet worden toegestaan, en tevens, dat het moeilijk

was uit te maken wat normaal is, op die vraag het korte en afdoende antwoord willen geven: Wat de plaatselijke verordeningen voor normaal verklaren.

Art. 702 geeft geheel hetzelfde antwoord, als ons algemeen beginsel ons gaf, voor het geval in dit art. vervat. Het art. zegt »Alle gebouwen, muren, heiningen of andere scheidingen, welke, hetzij door ouderdom, hetzij uit anderen hoofde, dreigen in te storten, en die het naburige erf in gevaar brengen, of over hetzelve heen hangen, moeten afgebroken, opgebouwd of hersteld worden, op de eerste aanmaning van den eigenaar van het naburige erf."

De gebouwen etc., waardoor dus hier op het eigendomsrecht van den buurman volgens onze wet inbreuk wordt gemaakt, moeten van dien aard zijn, dat zij, uit welken hoofde ook, dreigen in te storten; en geen wonder, want dan alleen verminderen zij de bruikbaarheid van het naburige erf, ten minste in de meeste gevallen.

Volgens Mr. de Pinto [1]) is door Mr. Levijssohn [2]) overtuigend bewezen, dat krachtens dit artikel reeds het enkele overhangen van den muur genoeg is om den eigenaar tot afbraak of tot herstel te verplichten.

Het betoog van dien schrijver komt mij echter niet zeer overtuigend voor. Hij beroept zich in de eerste plaats op de woorden van ons artikel, die volgens

[1]) Handl. tot het B. W. § 417.

[2]) Themis VIII. p. 485.

hem duidelijk voor zijne meening pleiten. Vooral drukt hij op de woorden: »hetzij uit anderen hoofde." Wat die woorden moeten bewijzen, verklaar ik niet te begrijpen. Hoe men ze ook opvatte, ze mogen nooit gescheiden worden van de volgende »dreigen in te storten", waarvan ze met de vorige »hetzij door ouderdom" eene nadere bepaling behelzen. Wilde men in de woorden van ons artikel een bewijs vinden voor de meening van Mr. Levijssohn, dan zouden zij volgens ons taaleigen, waarop deze zich beroept, moeten luiden: »Alle gebouwen etc. welke, hetzij door ouderdom, hetzij uit anderen hoofde, dreigen in te storten, en het naburige erf in gevaar brengen, of *die* over hetzelve heen hangen etc."

De woorden van Asser [1]) ***muren welke dreigen in te storten, en het naburige erf zouden kunnen beschadigen***, die m. i. overtuigend voor mijne opvatting pleiten, tracht Mr. Levijssohn te ontzenuwen met de opmerking, dat de woorden door dien kundigen schrijver niet kunnen zijn bedoeld in den zin, waarin sommigen ze opvatten. Voorwaar een zeer mager argument tegen den duidelijken zin dier woorden.

In de tweede plaats beroept de schrijver zich op art. 626 B. W., waar geleerd wordt, dat alles, wat op en in den grond is, eigendom is van den grondeigenaar. Omdat toch de eigenaar bevoegd is om op zijn erf te bouwen zoo hoog hij verkiest, en een overhan-

[1]) Het Ned. B. W. vergel. met het Wetb. Nap. pag. 267.

gende muur hem daarin zou kunnen belemmeren, zegt Mr. Levijssonh, is dat overhangen een inbreuk op zijns eigendomsrecht. Boven heb ik naar ik meen, genoegzaam aangetoond, dat het dat alleen is wanneer de bruikbaarheid van het naburige erf er door vermindert. Ook dat argument kan mij dus niet tot andere gedachten brengen, en ik durf gerust blijven bij mijne meening, dat ook volgens art. 702 het overhangen van een gebouw etc. alleen als zoodaning, door den buurman niet kan worden belet.

Art. 703 [1]). Ook in dit art. zie ik, even als in art. 677, minder een ander beginsel omhelsd dan datgene, dat ik voorsta, dan wel tot voorkoming van twijfel, of een handeling al of niet de bruikbaarheid van andere erven vermindert, naar de plaatselijke verordeningen verwezen. Het valt echter niet te ontkennen, dat aan het geoorloofde van alles wat een normaal gebruik noodzakelijk meêbrengt, bij dit art. volstrekt niet is gedacht, tenzij men zou willen aannemen, dat de plaatselijke verordeningen en gebruiken te gelijk

[1]) Hij die in de nabijheid van eenen gemeenen of niet gemeenen muur, eenen put, een riool, of een secreet laat graven, die aldaar eenen schoorsteen of eene stookplaats, een oven of fornuis wil metselen, er eenen stal of mestbak tegen aan wil bouwen, of tegen dien muur een magazijn of pakhuis van zout, of eene verzamelplaats van bijtende stoffen wil aanleggen, of daartegen andere schadelijke of gevaarlijke werken wil maken, is verpligt de tusschenruimte te laten of te maken, welke bij de bijzondere verordeningen of gebruiken te dien opzigte is voorgeschreven, of al zoodanige werken aan te leggen, als die reglementen en gebruiken voorschrijven, ten einde alle schaden voor de naburige erven te voorkomen.

kunnen geacht worden het antwoord te geven op de vraag, of het normale gebruik eene bepaalde inwerking op een ander erf noodzakelijk meêbrengt. En dit zou m. i. nog onjuister zijn, dan het reeds is de bepaling der al of niet schadelijkheid in ieder enkel geval over te laten aan eene algemeene verordening.

Art. 693, 694, 695, 696 en 697 [1]). Al deze art. beperken den eigenaar in zijn recht van bouwen, en wel ten opzichte van handelingen wier gevolgen zich niet over het naburige erf zouden uitstrekken. Ze bevatten dus geheel willekeurige bepalingen, misschien eenigszins gerechtvaardigd door de traditie en door het

[1]) *Art.* 693. De eigenaar van eenen muur, die niet gemeen is, en waartegen het erf van eenen anderen onmiddellijk aanligt, mag in dien muur lichten of vensters maken van dichte ijzeren traliën voorzien, en met vaststaande ramen. De traliën zullen, ten hoogste, één palm tusschenruimte de eene van de andere mogen hebben.

Art, 694. Deze vensters of openingen mogen niet lager gemaakt worden dan vijf en twintig palmen boven den vloer of grond der kamer, welke men verlichten wil, indien dezelve met de straat gelijkvloers is, en niet lager dan twintig palmen boven den vloer voor hoogere verdiepingen.

Art. 695. Men mag over het afgesloten of onafgesloten erf van zijne naburen geene regtstreeksche uitzichten hebben, noch vensters waardoor men op eens anders erf ziet, noch balkons of andere dergelijke vooruitspringende werken, tenzij er een afstand van twintig palmen worde gelaten tusschen den muur waarin men zoodanige werken maakt, en het erf.

Art. 696. Ter zijde of in de schuinte mag men op het erf van zijnen nabuur geene uitzigten hebben, tenzij op een afstand van vijf palmen.

Art. 697. De afstand waarvan in de twee voorgaande artikelen gesproken is, wordt gerekend van den buitenkant van den muur in welke de opening gemaakt wordt, en indien er balkons of soortgelijke uitstekende werken zijn, van derzelver buitensten rand tot aan de scheidslinie der beide erven.

gemak, dat ze aan de buren wederzijds kunnen aanbrengen.

Wat aangaat het uitbouwen van een balkon, waarover hier gesproken wordt, men bedenke wel, dat dat hier alleen wordt beschouwd, als plaats van waar men een uitzicht over den omtrek heeft [1].

De buitenste rand van het balkon moet immers, even als een venster, 20 palmen van het aangrenzend erf verwijderd blijven.

Het behoeft geen betoog, dat a fortiori op denzelfden grond het uitbouwen van een balkon over eens anders grond, in het Nederlandsche recht verboden is. Men merke echter wel op, dat daaruit in het minst niet blijkt, dat onze wetgever eigendom van het luchtruim aanneemt. Integendeel, eerder zou deze bepaling er voor pleiten, dat ook onze wetgever het door mij gestelde algemeene beginsel heeft gevoeld. Het is toch niet onwaarschijnlijk, dat hij, hoewel m. i. ten onrechte, het uitzicht van het eene erf op het andere, als zoo lastig voor den eigenaar van het laatste heeft beschouwd, dat het eene vermindering der bruikbaarheid hiervan ten gevolge had.

Art. 700 en 701 [2]) zijn alleen dan in overeenstemming

[1]) Diephuis Ned. burg. recht III. pag. 260.

[2]) *Art.* 700. Elk eigenaar is verplicht zijne daken zoodanig in te richten dat het regenwater op zijn erf of op den openbaren weg afloope, indien dit laatste niet bij de wetten of bij verordeningen is verboden; hij mag het water niet op den grond van zijnen nabuur doen uitloopen.

Art. 701. Niemand vermag water of vuilnis door de goten van eens anders erf te laten loopen, tenware hij daartoe het recht mocht hebben verkregen.

met het algemeene beginsel, voortvloeiende uit den aard van den grondeigendom, wanneer men kan aannemen, dat de inwerking in die artikelen bedoeld, 1° altijd de bruikbaarheid vermindert van het erf, dat er door getroffen wordt, en 2° nooit noodzakelijk wordt gevorderd door het normale gebruik van het andere erf.

En van geen dezer beide veronderstellingen mag men onvoorwaardelijk uitgaan. Ik houd dan ook deze beide artikelen voor zeer onjuist.

Art. 713 en 714 [1]) Verbieden het planten van boomen en heggen op korteren afstand van een ander erf dan van 20 en 5 palmen, en het overhangen van boomtakken over, en het binnendringen van boomwortels onder, een naburig erf.

Op welken grond het eerste verbod steunt, is mij onbekend en onbegrijpelijk. Ik kan mij daarvoor geen

[1]) *Art.* 713. Het is niet geoorloofd hoog opschietende boomen of heggen te planten, dan op een afstand welke bij de tegenwoordig bestaande bijzondere reglementen, of ten gevolge van vaste en erkende gebruiken, bepaald is, en bij ontstentenis van reglementen of gebruiken, op den afstand van twintig palmen van de scheidslinie der beide erven, voor zoo verre de hoogopschietende boomen betreft, en op den afstand van vijf palmen, ten aanzien der heggen.

Art. 714. De nabuur heeft het recht om te vorderen dat de boomen en heggen, op eenen korteren afstand geplant, worden uitgeroeid.

Hij, op wiens erf de takken der boomen van zijnen nabuur overhangen, kan den laatstgenoemde noodzaken die takken af te snijden.

Indien de wortels der boomen op zijn erf doorschieten, heeft hij het recht om die aldaar zelf weg te hakken; ook de takken mag hij zelf afsnijden, indien de nabuur op zijne eerste aanmaning geweigerd heeft zulks te doen, en mits hij niet op den eigendom van den nabuur trede.

anderen grond denken, dan de vrees, dat de takken en wortels van naderbij geplante boomen of heggen zich over of onder het naburige erf zouden uitstrekken en de bruikbaarheid daarvan verminderen. Bestaat er geene andere reden voor dit art., dan is het geheel overbodig, want art. 714 waakt tegen het overhangen van boomtakken en doordringen van boomwortels. Of het juist is, dat het dit doet, ook dan wanneer daardoor in geenen deele de bruikbaarheid van het naburige erf wordt verminderd, meen ik te mogen betwijfelen.

Evenmin is het mij duidelijk, welke grond er heeft kunnen bestaan, om het afsnijden der wortels terstond, dat der takken eerst na eene vruchtelooze aanmaning aan den eigenaar toe te staan.

Wel is waar zal men dikwijls met de takken, vruchten afsnijden, maar daartegenover staat, dat men door het afsnijden der wortels den geheelen boom kan doen sterven.

Het eerste is dus niet van meer gewicht voor den eigenaar, dan het tweede.

De art. 699 en 715 [1]), het zij ten slotte nog opge-

[1]) *Art.* 699. Wanneer het tot reparatie van eenig gebouw noodzakelijk is om op den grond van den nabuur eenig steigerwerk te plaatsen, of daarover te gaan, en bouwstoffen aan te brengen, is de eigenaar van dien grond verplicht zulks te dulden, behoudens schadeloosstelling, indien daartoe gronden zijn.

Art. 715. De eigenaar van een stuk lands of erf, hetwelk tusschen andere landen zoodanig ligt ingesloten, dat hetzelve geenen toegang heeft tot den gemeenen weg of de gemeene vaart, is bevoegd om van de eigenaars der

merkt, bevatten zeer juiste bepalingen over het ladderrecht en den noodweg, die wel steunen op het beginsel, dat bruikbaarheid van eigendom moet worden gewaarborgd en bevorderd, maar niet behooren tot hetgeen wij onder burenrecht verstaan, daar de hier toegelaten handeling niet jure dominii, maar (als men het woord mag gebruiken) krachtens eene servitus legalis plaats vindt. Het ladderrecht en de noodweg, volgen niet uit den aard van den eigendom; daaruit kan alleen voortvloeien het recht om iets te verrichten op en met zijn eigendom zelven, niet op den eigendom van een ander. Vandaar ook, dat hier de inwerking alleen tegen schadevergoeding, in de boven genoemde geoorloofde gevallen zonder schadevergoeding kan plaats hebben.

Vatten we het in deze paragraaf gezegde kort te samen, dan zien we, dat in het Nederlandsche recht de beginselen gelden, die volgens hoofdstuk VII uit de natuur van den eigendom voortvloeien, voor zooverre niet daaraan is gederogeerd, of hare toepassing is gewijzigd in de artikelen 673, 677, 693—697, 700—703, 713 en 714.

Alsvorens deze paragraaf te sluiten nog ééne opmerking. Sommige schrijvers [1]) meenen, dat de door mij

naastgelegen landen te vorderen, dat zij hem eenen uitweg, ten dienste van zijn land of erf aanwijzen, onder verplichting eener vergoeding geëvenredigd aan de schade daardoor te veroorzaken.

[1]) Zie o. a. S. Laman Trip. Beschouwingen over het toezicht op inrichtingen van nijverheid. pag. 115.

gestelde beginselen niet zouden gelden voor de fabrieken etc. bedoeld bij het Kon. besl. van den 31sten Jan. 1824, Sbl. n° 19. in dit opzicht n. l., dat door de daar voorgeschreven vergunning der administratieve autoriteit de eigenaars der aangrenzende erven het recht zouden verliezen, om voor den burgelijken rechter den eigenaar tot staking dier fabriek aan te spreken. Zij geven dus, in de door mij behandelde gevallen slechts eene actie tot schadevergoeding, nooit eene actio negatoria [1]).

Het zou mij te ver voeren die vraag hier in het breede te behandelen; ik neem mij echter voor om later, zoo mogelijk, aan die quaestie een afzonderlijk opstel te wijden.

Voorloopig zij het genoeg hier op te merken, dat ik die meening houd voor zeer ongegrond en in flagranten strijd met art. 10 van genoemd kon. besl. en 148 der grondwet.

---

§ 2. Jurisprudentie.

Ten slotte wensch ik nog in het kort de jurisprudentie meê te deelen, die over onze vraag zoowel hier

[1]) Zie ook Olivier t. a. p. pag. 162, die nog grooter kracht toekent aan het kon. besl. en zelfs geene verplichting erkent van een fabrikant, om de schade te vergoeden, ontstaan door de werking der fabriek op de door de administratie geautoriseerde wijze.

te lande als in Frankrijk geldt, voor zooverre zij mij belangrijk en afdoende voorkomt.

Om herhalingen te voorkomen, zal ik in mijn oordeel daarover zoo kort mogelijk zijn en, zooveel de duidelijkheid het toelaat, verwijzen naar het boven ontwikkelde stelsel.

Van de vonnissen in Nederland over vragen van burenrecht geveld, komen mij de volgende belangrijk voor.

1° Een vonnis van de arr. rechtbank te Maastricht, van 15 April 1852 Wbl. n°. 1356.

Het feit, dat tot dit vonnis aanleiding gaf, was het leggen van een stroodak op een huis in de gemeente Etenaken. De eigenaar van een aangrenzend huis eischte veroordeeling van zijn buurman tot afbraak van het gemelde stroodak, aangelegd op een gebouw, grenzende aan des eischers woning, of althans tot het nemen van alle zulke maatregelen van voorzorg, dat daardoor alle gevaar weggenomen werd.

De rechtbank ontzeide hem zijn eisch en werd daartoe geleid door de volgende overwegingen.

O. Dat de eischer tot rechtvaardiging zijner vordering zich beroepen heeft op de bepalingen van art. 703 B. W., waarbij is vastgesteld, dat hij, die in de nabijheid van eenen gemeenen of niet gemeenen muur, of tegen denzelven, de daarbij opgenoemde werken wil maken, verplicht is de tusschenruimte te laten, die bij bijzondere verordeningen of gebruiken te dien opzichte is voorgeschreven, of die werken zoodanig in te richten als die reglementen en gebruiken voorschrij-

ven, ten einde alle schaden voor de naburige even te voorkomen;

O. Dat dit art. eene beperking van het eigendomsrecht heeft ingevoerd, en mitsdien tot geene andere gevallen mag worden uitgestrekt dan daarbij zijn voorzien;

O. Dat het leggen van een stroodak niet bepaaldelijk bij dat art. wordt opgenoemd; dat men ook niet kan aannemen, dat onder de bij dat art. voorkomende woorden van »schadelijke en gevaarlijke werken" het leggen van een stroodak is begrepen, vermits toch de wetgever door die woorden alleen heeft verstaan zulke werken, die door zich zelve gevaarlijk en nadeelig zijn, en niet die, welke zooals het leggen van een stroodak, dit door bijkomende omstandigheden kunnen worden;

O. Derhalve dat, indien men al zoude kunnen aannemen, dat het gebouw van den gedaagde, waarop het stroodak ligt, tegen de woning des eischers is opgericht (hetgeen niet is bewezen), dan nog de eischer krachtens evengenoemd art. de afbraak van het stroodak niet zou kunnen vorderen;

O. Dat die afbraak evenmin kan gevraagd worden ingevolge de bepaling van art. 625 B. W., daar toch dit art. ofschoon bepalende, dat men van zijn eigendom geen gebruik kan maken, waardoor aan de rechten van anderen hinder kan worden toegebracht, alleen voorzien heeft het geval, dat die rechten werkelijk zijn verhinderd of verkort, en niet dat zij zulks eventueel kunnen worden;

O. Derhalve, dat de eischer, bij gebrek van justificatie zijner vordering, in dezelve moet worden verklaard ongegrond — etc.

Deze overwegingen komen mij volkomen juist voor, wat aangaat de niet toepasselijkheid van art. 703 B. W. op dit geval. Dat artikel toch, draagt de duidelijkste kenmerken, dat het niet voor uitbreiding vatbaar is. Eene vaststelling van tusschenruimten bij bepaalde werken te bewaren, kan niet anders zijn dan zuiver willekeurig, en alleen wat uit algemeene rechtsbeginselen voortvloeit is vatbaar voor uitbreiding.

Ook met de beslissing der rechtbank kan ik mij zeer goed vereenigen, ofschoon op andere gronden. De overweging toch, dat het in gevaar brengen van eens anders erf geene verkorting van diens eigendomsrecht zou zijn, strijdt geheel met hetgeen ik boven betoogde. Mijns inziens had de rechter moeten overwegen:

O. dat art. 625 B. W. het beginsel huldigt, dat de eigenaar in zooverre beperkt is in zijn recht van beschikking over zijn eigendom, dat hij aan de rechten van anderen geen hinder mag toebrengen;

O. dat hij, die de bruikbaarheid van andere erven vermindert door een ander dan het normale of een daarmeê gelijkstaand gebruik van zijn erf, moet geacht worden aan de rechten van anderen hinder toe te brengen;

O. dat wel, zoo een bebouwd erf in hooge mate aan het gevaar van brand wordt blootgesteld, de bruik-

baarheid van dat erf vermindert, dat echter in casu het leggen van een rieten dak op een huis niet in die mate gevaar voor brand doet ontstaan, dat eene zoodanige vermindering van bruikbaarheid daarvan het gevolg is;

O. dat dus door het leggen van dat dak geen hinder is toegebracht aan rechten van anderen.

Ontzegt den eischer zijn eisch.

2° Een vonnis van de arr. rechtbank te 's Gravenhage van 25 Mei 1858 Wbl. n° 1982.

De feiten, die het proces uitlokten, waarop dit vonnis volgde, waren deze: De gedaagde had op zijn erf, gelegen binnen 's Gravenhage, tegen een muur, die negen duim van het erf des buurmans was verwijderd, eene stoommachine opgericht, die het huis des buurmans zoo deed dreunen, dat de huurwaarde daarvan zeer verminderde en het op den duur met groote schade gedreigd werd. Tevens had de gedaagde aan zijn huis eene goot gemaakt, waaruit het water op des buurmans erf liep.

De rechtbank overwoog in haar vonnis o. a. het volgende:

O. Dat de ingestelde vordering berust op twee gronden, waarvan de eerste bestaat in de gebrekkige daarstelling van eene stoommachine, welke door de eischers als eene onrechtmatige daad aangemerkt wordt, en de tweede in het niet behoorlijk met lood voorzien van eene goot, hetwelk door hen als een verzuim of nalatigheid wordt aangemerkt, voor welk een en ander

de gedaagde tot amotie of wijziging der aangelegde werken en tot schadevergoeding gehouden zoude zijn;

O. Dat de eischers zich daarbij beroepen op de art. 700, 702 en 703 B. W. en de gedaagde beweert, dat deze art., handelende over zakelijke rechten, geene persoonlijke rechtsvordering kunnen wettigen;

O. Dat dit beweren van den gedaagde is ongegrond, daar uit die art. voortvloeien verplichtingen en persoonlijke praestatien, waartoe de eigenaar van een erf jegens den eigenaar van een naburig erf gehouden is, terwijl hij, die tegen zijn buurman ageert tot nakoming zijner verplichtingen, geene aanspraak op eene zaak maakt en mitsdien geene zakelijke, maar persoonlijke vordering instelt;

O. Dat gemelde artikelen bevatten wettelijke verplichtingen om iets te doen of niet te doen, en deze wel worden opgelost in vergoeding van kosten, schaden en interessen, maar niettemin hij, jegens wien die verplichtingen niet zijn nagekomen, het recht heeft te vorderen, dat hij ten koste van den schuldenaar zal kunnen doen uitvoeren, waartoe deze verplicht was, of doen vernietigen, hetgeen in strijd met die verplichting is daargesteld, onverminderd de vergoeding der geleden schade;

O. Dat de artt. 700, 702 en 703 B. W. bepalingen bevatten, ten einde het veroorzaken van schade te voorkomen en men mitsdien op grond derzelve tot amotie of herstelling kan ageeren, voordat er schade aanwezig is, wanneer er slechts gegronde vrees voor

schade bestaat, doch dat buiten gemelde gevallen onder onrechtmatige daden in het algemeen, waarover art. 1401 B. W. handelt, slechts verstaan worden de zoodanigen, waardoor onmiddelijk aan eens anders eigendom schade wordt toegebracht, geenzins wanneer de eigenaar van een erf daarop gebouwen of toestellen plaatst, welke aan zijne naburen ongerief veroorzaken; terwijl in allen gevalle art. 1401 en 1402 slechts eene actie geven nadat er schade ontstaan is;

O. dat naar aanleiding van deze beschouwingen, moet onderzocht worden, of de eischers, ten aanzien der door den gedaagde gestelde stoommachine met schoorsteen en daaraan verbonden stookplaats, zich te recht beroepen op art. 703. etc.

Deze overwegingen, rakende het eerste gedeelte van den eisch, zijn meen ik voldoende om een oordeel te vellen over het vonnis.

Mijns inziens bevatten zij eene groote fout, n. l. dat zij de art. 700, 702 en 703 B. W. beschouwen als wettelijke voorschriften, welke eene verbindtenis scheppen tusschen eigenaars van naburige erven. Eene wettelijke beperking van eigendomsbevoegdheid roept geene verbindtenis van den eigenaar tegenover derden in het leven, om zich binnen de gestelde perken te houden, maar heeft alleen ten gevolge, dat hij, die die perken overschrijdt, zich niet meer op zijn recht kan beroepen en dus onrechtmatig handelt. Eerst door die onrechtmatige handeling ontstaat dan eene verbindtenis.

De rechtbank had m. i. art. 703 B. W. moeten be-

schouwen als voor het geval waarop het doelt uitmakende, wat de wet in art. 625 verstaat onder rechten van anderen. Viel de handeling van den gedaagde in eene der categoriën, waarover dat artikel handelt, en kon ze geacht worden te strijden tegen dat artikel, dan had de gedaagde zijn eigendomsrecht overschreden. Al beweert de rechtbank, dat hier geene directe schade aanwezig is, ik geloof het tegendeel; de verminderde huurwaarde bewijst, de dreigende schade is zelve, vermindering van bruikbaarheid. De eigenaar van het erf, dat die vermindering onderging, was dus zoowel tot eene actio negatoria als tot eene actie tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad volkomen gerechtigd tegenover hem, die door zijn gebruik van den eigendom de perken van zijn eigendomsrecht had overschreden.

3° Een vonnis van de arr. rechtbank te Maastricht, van 26 Febr. 1852 Wbl n° 1332.

De vraag, waarop dit vonnis het antwoord gaf, was deze: Of eene actie tot wegruiming eener fabriek of eene actie tot schadevergoeding moest worden toegewezen aan den eigenaar van een nieuw gebouwd heerenhuis tegen zijn buurman, die daarnaast eene ketelfabriek met verschillende smidsovens en eene metaalklopperij had in werking gebracht, waardoor een groot geraas in de woning des eischers ontstond, eene daarmeê verbonden stoommachine, die het huis deed schudden, en op zolder eene fabriek tot vertinning, waarvan de damp door de dakpannen trok en

op het erf des eischers een ondragelijken stank veroorzaakte.

De rechtbank overwoog naar aanleiding daarvan o. a. het volgende:

O. Dat de hooge autoriteit, na bij het decreet van 15 Oct. 1810 en het besluit van 31 Jan. 1824 te hebben gezorgd, dat de fabrikant, aan wien tot het oprichten eener fabriek of trafiek vergunning is verleend, gerustelijk en zonder vrees van door naburen in de uitoefening van zijn bedrijf te worden belet, tot het oprichten der fabriek en tot het doen der daartoe noodzakelijke en dikwijls aanzienlijke uitgaven zoude kunnen overgaan, tevens heeft gewild, dat de buren, wanneer zij door de daargestelde fabriek of trafiek schade zouden lijden, in rechten de vergoeding dier schade zouden kunnen vragen, zonder echter de ophouding of staking der fabriek of trafiek in rechten te kunnen vorderen, en dat zulks uitdrukkelijk staat geschreven in art. 10 van het kon. besluit van 31 Jan. 1824;

O. dat, welke ook de uitgestrektheid zij der rechten van den eigenaar, om naar welgevallen over zijn eidom te beschikken, deze rechten onder de vroegere wetgevingen steeds zijn ondergeschikt geweest aan de beginselen van rechtvaardigheid en billijkheid, en van zich te onthouden van hetgeen een nevengelegen erf nadeelig kan zijn;

O. dat deze beginselen, in het Romeinsche recht in de l. 8 § 5 D. si serv. vind. uitgedrukt door de woorden »in suo alii hactenus facere licet quatenus nihil in

alienum immittat" in ons hedendaagsch Burgerlijk Wetboek zijn overgenomen in art. 625, waarbij is vastgesteld, dat eigendom is het recht om van eene zaak het vrije genot te hebben, en daarover op de volstrektste wijze te beschikken, mits men, onder anderen, aan de rechten van anderen geen hinder toebrenge;

O. Dat een eigenaar, door op zijn erf eene fabriek in werking te brengen, waardoor in het huis van zijn nabuur zoodanige dreuning wordt veroorzaakt en zulke ondragelijke dampen worden verspreid, dat hetzelve onbewoonbaar wordt, van zijn erf een gebruik maakt strijdig met de even aangehaalde bepaling van art. 625 B. W. en gehouden is tot vergoeding der door deze zijne onrechtmatige daad veroorzaakte schade etc.

Omtrent deze overwegingen kan ik zeer kort zijn. De eerste is, zooals ik reeds boven opmerkte, volgens mijne meening geheel onjuist, daar zij veel te groote kracht toekent aan de vergunning door de administratieve autoriteit verleend.

Voor het overige houd ik de conclusie der rechtbank voor zeer juist. De eigenaar, die de fabriek in werking bracht, verminderde door het abnormale gebruik van zijn erf de bruikbaarheid van het naburige erf in hoogere mate, dan door het normale gebruik het geval zou zijn geweest, bracht dus hinder toe aan het recht van een ander, en verrichte dus eene onrechtmatige handeling.

Wat echter aangaat het beroep der rechtbank op l. 8. § 5 D. si serv. vind. en op de beginselen

van rechtvaardigheid en billijkheid, reeds in hoofdstuk I en III toonde ik aan, dat dat niet voldoende is tot beslissing der vragen van burenrecht.

Slaan wij ten slotte nog het oog op de Fransche jurisprudentie, en kiezen wij daaruit eenige der belangrijkste vonnissen [1]).

1°. Een arrest van het hof van Cassatie van 30 Dec. 1824 [2]).

Het hof besliste hierbij, dat niet voor cassatie vatbaar was en dus de juiste rechtsbeginselen had toegepast, een arrest »qui rejette la réclamation formée par le propriétaire d'une maison dans la cour de laquelle s'exhale du fourneau d'une cuisine voisine une fumée épaissse, sur le motif, qu'en fait cette fumée s'évapore avant de pouvoir atteindre les appartements de la maison.

De rechtbank van Bordeaux, wier vonnis hierbij werd bevestigd, had aangenomen, dat de actie, ook al bereikte de rook de kamers van het huis, ongegrond zoude zijn, parceque cet inconvénient doit être considéré comme une charge du voisinage.

Het is duidelijk, dat, al kan men niet zeggen, dat in

[1]) Het behoeft geen betoog, dat al luidt art. 554 Code civ. niet geheel gelijk ons art. 625 B. W. toch in het Fransche recht dezelfde beginselen hieromtrent moeten gelden als in het Nederlandsche.

Ten overvloede blijkt het uit de toelichtingen van dat artikel, dat de beperking door rechten van anderen, ofschoon niet uitgedrukt, wel degelijk is bedoeld. Zie daarover Dalloz. in voce Propriété

[2]) Dalloz in voce Propriéte. n° 160.

die laatste woorden een beginsel is uitgedrukt, het vonnis toch volkomen juist is, en steunt op het normale van het gebruik, waarvan het binnendringen van den rook een noodzakelijk gevolg is.

2° Een vonnis van het hof van Douai [1]).

De feiten van dit geding waren niet in confesso.

De eischer beweerde dat eene fabriek naast zijn erf dat erf deed schudden en een ondragelijk geraas veroorzaakte. Het hof wees een interlocutoir vonnis, waarbij het gelastte, dat door partijen benoemde deskundigen een onderzoek in loco zouden instellen »à l'effêt de constater l'existence, la cause, la nature et l'étendue du dommage, dont se plaint l'appellant.

In dat vonnis werd o. a. overwogen: dat het niet voldoende gebleken was, si des travaux exécutés par l'intimé pour la transmission du mouvement à ses métiers, il ne résulte qu'une simple incommodité, suite nécessaire du voisinage d'une usine, et à laquelle il ne serait pas possible de porter remêde, ou si au contraire, il en résulte pour l'héritage du voisin des tremblements, des vibrations continuelles, un bruit intolérable, et conséquemment un préjudice, dont l'appellant serait fondé à demander réparation.

Vergelijkt men deze overwegingen met mijne algemeene beginselen, dan zal het duidelijk zijn, dat ik mij daarmeê niet kan vereenigen. Wil men »de noodzakelijke gevolgen van de nabijheid eener fabriek" als

[1]) Dalloz in voce Manufactures n° 170. 2.

maatstaf aannemen voor het antwoord op de vraag, welke inwerkingen geoorloofd of ongeoorloofd zijn, dan dient eerst te worden bewezen, dat die nabijheid van een fabriek moet worden geduld. Dat bewijs ontbreekt, en zooals wij boven gezien hebben, het tegendeel is waar. Niet de last, de vermindering van bruikbaarheid, die eene fabriek, maar die een normaal of daarmeê gelijk staand gebruik noodzakelijk meêbrengt, moet worden geduld.

3o Juister is naar mijn oordeel een arrest van het hof van appel te Metz [1]), waarbij een vonnis van de rechtbank van Charleville wordt bevestigd. Het betrof eene fabriek, waardoor rook en onaangename uitwasemingen werden verspreid over een naburig erf. De eigenaar van dat erf eischte, dat de eigenaar der fabriek de noodige werken zou maken om den last daardoor veroorzaakt te doen ophouden, of de fabriek zou staken.

Naar aanleiding van dien eisch overwoog het hof: »que Pierre Lingard n'a pu disposer l'atelier où il fabrique ses chapeaux, de manière à incommoder ses voisins par des évaporations désagréables et insalubres; qu'il est permis à chacun de disposer de sa propriété comme il lui plaît, mais sans cependant nuire à autrui; qu'il n'est plus possible de douter, que l'établissement de l'appellant, tel qu'il est, nuit infiniment à l'intimé, que le remêde étant indiqué par la majorité des

[1]) Dalloz. in voce Industrie no 212.

experts, pour faire cesser les inconvénients dont se plaint l'intimé, l'appellant ne peut se dispenser de prendre les mesures nécessaires pour s'y conformer, et qui ont été adoptées par les premiers juges; dit qu'il a été bien jugé — etc.

Het eenige bezwaar, dat er tegen dit vonnis bij mij bestaat, is het onbegrensde van het begrip »nuire infiniment." In hoeverre het hof eene schade toegevoegd door een normaal gebruik, voor rechtmatig houdt, blijkt uit dit vonnis niet. Zooveel alleen is zeker, dat het hof terecht vermindering van de bruikbaarheid van een erf door het abnormale gebruik van een ander erf als onrechtmatig beschouwt.

4° Een vonnis van de rechtbank van Douai [1]), waarbij schadevergoeding werd toegekend aan den eigenaar van een erf, wiens buurman door een stoomoliemolen den grond deed schudden en een groot geraas veroorzaakte.

De rechtbank werd tot hare beslissing geleid door deze overwegingen: »Considérant qu'en admettant pour tout propriétaire d'immeuble la nécessité de supporter jusqu' à un certain point, les inconvénients qui peuvent résulter d'un voisinage quelconque, il faut reconnaitre néanmoins que, si ces inconvénients viennent à produire une détérioration ou moins value notable, il-y-a lieu d'appliquer la règle de droit commun écrite dans l'art 1382 Code civ.; considérant qu'il ré-

[1]) Dalloz t. a. p.

sulte de l'opération des experts, que la propriété de Duburcq éprouve une moins value notable, provenant du bruit intense et de l'ébranlement qui se fait sentir par suite de la machine Poteau; le tribunal, tout en tenant compte des obligations réciproques qui naissent du voisinage, eu égard à la situation et à la valeur de l'auberge de Duburcq, et appréciant à la fois le préjudice éprouvé pour détérioration d' édifices, moins value de la propriété et perte d' achalandage etc.

Ook dit vonnis, het is duidelijk, voert tot dezelfde resultaten als mijn stelsel. Ik meen echter te mogen betwijfelen, of het criterium daarin aangenomen voor eene handeling die tot schadevergoeding verplicht, wel zoo bruikbaar en juist is als het door mij opgegevene. Wat toch eene »détérioration ou moins value notable" is, is m. i. eene vraag van geheel subjectieven aard, en het verschil der antwoorden daarop zou tot eene groote ongelijkheid der rechtspraak aanleiding geven.

5° Een vonnis van het hof van casatie [1]).

Bij vonnis van het hof van Parijs was schadevergoeding toegekend aan een grondeigenaar voor het *sterke geraas*, dat de fabriek zijns buurmans maakte. Het hof casseerde dit vonnis op de volgende gronden: »Vu les art. 544 et 1382 Code civ.; attendu que, si d'un côté on ne peut méconnaitre, que le bruit causé par une usine, lorqu'il est porté à un degré insupportable pour les propriétés voisines, ne soit une cause

[1]) Dalloz, t. a. p. n°. 213.

légitime d'indemnité, d'un autre côté on ne peut considérer toute espèce de bruit causé par l'exercice d'une industrie, comme constituant le dommage qui peut donner lieu à une indemmité; attendu que l'arrêt attaqué s'est, il est vrai, expliqué sur les causes et l'intensité du bruit provenant de l'usine du demandeur, mais que tout en déclarant que ce bruit était préjudiciable aux propriétés voisines, il n'a point déclaré qu'il fût, d'une manière continue, porté à un degré qui excédât la mesure des obligations ordinaires du voisinage, etc. casse en cette partie."

Ook dit arrest eischt dus voor het onrechtmatige van eene inwerking, dat ze te boven ga de maat der »obligations *ordinaires* du voisinage." Het hof van cassatie deelt dus ook mijne meening, ten minste in zooverre, dat het de gevolgen van wat «ordinaire" (normaal) is, als geoorloofd beschouwt.

De bovenstaande vonnissen leeren dus, dat de jurisprudentie, al is het dan ook niet in alle bijzonderheden, toch in hoofdzaak, zoowel in Nederland als in Frankrijk, beslissingen heeft gegeven die met de mijne overeenstemmen. Al zijn niet steeds de gronden daarvoor dezelfde als de mijne, bijna overal schemeren toch de beginselen door, die mij tot mijn stelsel leidden, en die ik blijf beschouwen als alleen in overeenstemming met de natuur van het eigendomsrecht en de eischen der samenleving.

STELLINGEN.

I.

De regel »qui suo jure utitur neminem laedit" geldt in het burenrecht zoowel als elders. (Proefschrift. p. 11).

II.

Het verbod van Chicane, als eigendomsbeperking, heeft zijn grond niet in het ongeoorloofde van den wil om te schaden, maar veeleer hierin, dat in geval van Chicane geene verhooging der bruikbaarheid van het eene erf bestaat, die de vermindering van bruikbaarheid van het andere kan rechtvaardigen. (Proefschrift. p. 20 en p. 90).

III.

Er bestaat geen eigendom van het luchtruim. (Proefschrift. p. 42).

IV.

De eigendom van den grond brengt niet per se eigendom van den ondergrond meê. (Proefschrift. p. 44).

V.

Bij het bepalen van den omvang van het recht van grondeigendom, moet men in het oog houden:

1° Dat dat recht zoo groot mogelijke bruikbaarheid van den grond moet waarborgen.

2° Dat de rechten van alle grondeigenaars dezelfde moeten zijn. (Proefschrift. p. 85).

VI.

Ieder moet die inwerkingen op zijn erf dulden, die het noodzakelijke gevolg zijn van het normale gebruik van een ander erf. (Proefschrift. p. 87).

VII.

Het recht van beschikking van den eigenaar over zijn erf, is in zooverre beperkt, dat hij daarvan geen abnormaal gebruik mag maken, waardoor de bruikbaarheid van andere erven, in meerdere mate dan door het normale gebruik, wordt verminderd. (Proefschrift. p. 89).

VIII.

De eischer in de actio negatoria behoeft slechts zijn eigendom te bewijzen.

IX.

Ten onrechte leiden sommigen uit l. 24 Depositi (XVI. 3) af, dat depositum irregulare geen depositum, maar een mutuum is.

X.

In de Fragmenta Vaticana Titel I § 13, leze men »quo facilius fraudem reticeat" voor »retineat."

XI.

Een huwelijk bij gevolmachtigde voltrokken, kan nietig worden verklaard, zoo de lastgever bewijst zijn last voor de voltrekking des huwelijks te hebben ingetrokken.

XII.

De uitkeering bedoeld in art. 280 B. W., mag alleen toegewezen worden in het geval dat de echtgenoot, die de echtscheiding vroeg, geene genoegzame inkomsten tot zijn levensonderhoud had, op het oogenblik der echtscheiding.

XIII.

De langstlevende der ouders heeft volgens het Nederl. recht de macht over den persoon des minderjarigen krachtens de ouderlijke macht, niet krachtens de voogdij.

XIV.

Hij die alternatief verbonden was tot het leveren van ééne van twee zaken ter zijner keuze, kan, zoo hij in dwaling beide heeft geleverd, de eene of de andere naar zijne keuze terugvorderen.

XV.

Ten onrechte zoekt men in art. 1344 B. W. een bewijs voor de stelling, dat het Nederl. recht geene mora zonder in mora stelling kent.

XVI.

De ontbinding der maatschap, volgens art. 1685 al. 1., is het gevolg van de werking eener ontbindende voorwaarde.

Bij die ontbinding neemt ieder der contractanten zijn inbreng terug.

XVII.

De deelgenooten eener handeling voor gemeene rekening zijn, ook wanneer zij ter zake daarvan allen met een derde hebben gehandeld, slechts voor hun aandeel aansprakelijk.

XVIII.

Onvolledig endossement kan geen eigendom van den wissel overdragen.

XIX.

In het geval van art. 245 al. 2. W. v. K. wordt het verkochte goed vertegenwoordigd door het vorderingsrecht op de kooppenningen, niet zooals Mr. Asser C. S. meenen, door de kooppenningen.

Genoemd art. fingeert eene cessie van actie.

XX.

De schadeloosstelling van *f* 3 of *f* 1.50, bedoeld in art. 448 W. v. K., mag niet verminderd worden, zoo het loon gedeeltelijk aan de scheepsofficieren of scheepsgezellen is uitbetaald.

XXI.

De rechter mag niet ambtshalve de verliezende partij in de kosten van het rechtsgeding veroordeelen.

XXII.

Eene akte, waaruit blijkt van de terugname van een olographisch testament, bedoeld in art. 981 B. W. opgemaakt door den notaris in wiens bewaring dat testament was, kan niet strekken tot verantwoording van dien notaris.

XXIII.

De bepaling van art. 208 W. v. Strafv. is onjuist.

XXIV.

Er bestaat geen dwangmiddel, om derden, onder wier berusting zich een stuk van overtuiging bevindt,

tot de afgifte daarvan aan den rechter commissaris te noodzaken.

XXV.

Hij die het land van een ander verhuurt om te hooien is niet medeplichtig aan diefstal, zoo het wegvoeren van het hooi door den huurder diefstal daarstelt.

XXVI.

Het misdrijf bedoeld in art. 380 C. P. is *niet strafbare diefstal.*

XXVII.

Onjuist is de beslissing van den Hoogen Raad, dat het dooden van eens anders huisdier op zijn eigen erf niet valt onder de bepaling van art. 479 n°. 1 C. P.

XXVIII.

Het beginsel der Grondwet van 1815, dat niemand van zijn eigendom kan worden ontzet dan tegen behoorlijke schadeloosstelling, verdient de voorkeur boven dat der Grondwet van 1848, die voorafgaande schadeloosstelling vordert.

XXIX.

De grond voor het tweekamer-stelsel kan niet gelegen zijn in het wenschelijke eener afzonderlijke vertegenwoordiging der numerieke en sociale meerderheid.

XXX.

In Nederland verdient eene directe verkiezing van de leden der Eerste Kamer de voorkeur boven de tegenwoordige.

XXXI.

Het is wenschelijk, dat de verplichting tot werken in eene daartoe bestemde inrichting, als voorwaarde verbonden worde aan het verleenen van onderstand.

7/23/29 [illegible]